



UNIVERSIDAD DE CANTABRIA.

FACULTAD DE DERECHO.

Grado en Derecho.

TRABAJO DE FIN DE GRADO.

CURSO ACADÉMICO 2019/2020.

**LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA EN LAS REDES
SOCIALES. EN ESPECIAL, LA PUBLICIDAD CON
*LOS INFLUENCERS***

**COVERT ADVERTISING ON SOCIAL NETWORKS.
IN PARTICULAR, ADVERTISING WITH
INFLUENCERS**

AUTORA: CARMEN COVARRUBIAS PÉREZ.

DIRECTOR: JULIO ÁLVAREZ RUBIO.

ÍNDICE

RESUMEN	3
I. INTRODUCCIÓN	4
II. LAS REDES SOCIALES.....	5
1. Origen y evolución de las redes sociales.....	5
2. Relevancia de las redes sociales en la actualidad	6
3. Redes sociales más populares.....	7
4. Ventajas y desventajas de las redes sociales	9
5. Las redes sociales y la publicidad	10
6. Destinatarios de la publicidad en las redes sociales	11
III. INFLUENCER Y MARKETING DE INFLUENCIA.....	12
1. Concepto y origen del fenómeno <i>influencer</i>	12
2. Tipología de <i>influencers</i>	14
3. Profesionalización del <i>influencer</i>	16
4. Concepto y origen del marketing de influencia	17
5. Ventajas y desventajas del marketing de influencia	18
IV. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE LÍDERES DE OPINIÓN EN REDES SOCIALES O INFLUENCERS Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA.....	19
1. El Derecho de la Publicidad y la publicidad ilícita.....	19
2. Publicidad engañosa y publicidad encubierta.....	20
3. <i>Influencers</i> y publicidad encubierta	24
3.1. Propósito publicitario del mensaje	24
3.1.1.1. Prueba de contraprestación económica del mensaje.....	24
3.1.1.2. Prueba a través del contenido o el origen del mensaje.....	25
3.2. Identificabilidad de la naturaleza publicitaria del mensaje.....	25
3.3. Advertencia sobre la naturaleza publicitaria del mensaje	27
3.3.1.1. Introducción.....	27

3.3.1.2. Advertencia sobre la naturaleza publicitaria del mensaje.....	27
3.3.1.3. Localización de la advertencia.....	28
V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA.....	29
1. Introducción	29
2. Ley General de Publicidad.....	29
3. Ley de Competencia Desleal	30
4. Ley General de la Comunicación Audiovisual.....	31
5. Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico	32
VI. AUTORREGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA	33
VII. LÍMITES A LA PUBLICIDAD DIFUNDIDA POR LOS LÍDERES DE OPINIÓN O <i>INFLUENCERS</i>.....	34
1. ¿Está regulada la publicidad con <i>influencers</i> ?	34
2. Código de conducta sobre el uso de <i>influencers</i> en la publicidad	36
3. Regulación de la publicidad con influencers en otros países	37
3.1.1. Regulación en Europa.....	38
3.1.1.1.1. Regulación en Reino Unido.....	38
3.1.1.1.2. Regulación en otros países europeos.....	39
3.1.2. Regulación en el resto del mundo.....	40
VIII. PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA EN LAS REDES SOCIALES Y RÉGIMEN SANCIONADOR.....	42
1. Asesoramiento previo de la publicidad	43
2. Solución extrajudicial de conflictos	44
3. Vía judicial	45
4. Infracciones y sanciones	46
IX. ANÁLISIS DE LA PRIMERA AMONESTACIÓN A UNA <i>INFLUENCER</i> EN ESPAÑA POR PUBLICIDAD ENCUBIERTA. CASO PAULINA ERIKSSON .	48
X. CONCLUSIONES	53
XI. BIBLIOGRAFÍA	55

RESUMEN

El presente Trabajo de Fin de Grado se centra en el estudio de los aspectos jurídicos de la publicidad encubierta difundida por los *influencers* en las redes sociales. En primer lugar, se empezará haciendo un análisis sociológico del impacto de las redes sociales en la sociedad actual, así como de la importancia que tienen estas plataformas y los *influencers* en el mundo de la publicidad. A continuación, se tratará el concepto de publicidad encubierta, su regulación en España y su aplicación por parte de los líderes de opinión. Se comparará el ordenamiento jurídico español en este aspecto con el de otros países y, por último, se tratarán los límites y sanciones a la publicidad encubierta, destacando el protagonismo que tiene en este tema el sistema de Autocontrol y analizando la primera amonestación a una *influencer* por realizar publicidad encubierta en su perfil.

PALABRAS CLAVE: Redes sociales, *influencers*, publicidad encubierta, marketing de influencia.

ABSTRACT

This Final Degree Project focuses on the study of the legal aspects of covert advertising disseminated by influencers on social networks. First, a sociological analysis of the impact of social networks in today's society will begin, as well as the importance of these platforms and influencers in the world of advertising. Next, the concept of covert advertising, its regulation in Spain and its application by opinion leaders will be discussed. In this regard, the Spanish legal system will be compared with that of other countries and, finally, the limits and sanctions for covert advertising will be discussed, highlighting the role that the Autocontrol system has in this matter and analyzing the first warning to an influencer for covert advertising on your profile.

KEY WORDS: Social networks, influencers, covert advertising, social influence marketing.

I. INTRODUCCIÓN.

Con la elaboración del presente Trabajo de Fin de Grado se pretende abordar un tema de actualidad como es la publicidad con los *influencers* en las redes sociales.

Vivimos en un mundo globalizado donde resulta prácticamente imposible encontrar a alguna persona que no disponga de un dispositivo electrónico para acceder a Internet o de un perfil en una red social. Las redes sociales han supuesto una gran revolución en el ámbito de la comunicación; gracias a ellas el mundo entero puede estar conectado al mismo tiempo. Pero, estas plataformas no sólo sirven para comunicarse con otras personas, sino que también pueden ser un buen modelo de negocio. Los principales protagonistas de las redes sociales son los llamados *influencers* o líderes de opinión, quienes, en ocasiones, son contratados por las empresas para promocionar sus marcas, servicios y productos. Sin embargo, hay veces que estos líderes de opinión no realizan la publicidad de forma correcta en sus redes sociales, sino que la camuflan bajo la apariencia de recomendaciones o consejos para sus miles e incluso millones de seguidores, realizando así un tipo de publicidad considerada ilícita: la publicidad encubierta, y vulnerando el principio de autenticidad. Precisamente, uno de los derechos de cualquier usuario o espectador de los medios de comunicación, incluidas las redes sociales, es poder conocer en todo momento la naturaleza del contenido que le ofrece el medio que consume, por lo que no sería correcto que el emisor, en este caso el *influencer*, hiciera pasar un contenido por recomendación sin avisar de su verdadero propósito publicitario, en perjuicio del usuario.

El principal objetivo de este trabajo es abordar, desde una perspectiva jurídica, los límites que se imponen a la publicidad encubierta, y, en concreto, en relación con las nuevas plataformas digitales y sus líderes de opinión. A pesar de ser una cuestión de especial importancia en la actualidad debido a la influencia que tienen los *influencers* en las decisiones de compra de los consumidores y usuarios, hoy en día aún no existe una normativa aplicable exclusivamente a la publicidad de estas nuevas figuras en perjuicio de sus

seguidores quienes, de momento, sólo se pueden amparar en las normas legales generales aplicables al resto de publicidad y su autorregulación.

II. LAS REDES SOCIALES.

2.1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS REDES SOCIALES.

El concepto de “red social” ha adquirido una relevancia importante en los últimos años. Cuando oímos este término enseguida lo asociamos con plataformas como *Twitter*, *Facebook* o *Instagram*, pero su significado va más allá.

Podemos definir la “red social” en sentido amplio como “una estructura formada por personas o entidades conectadas y unidas entre sí por algún tipo de relación o interés común”.¹ Sin embargo, en el ámbito de Internet, se trata de “entornos digitales que permiten a los usuarios diseñar y visualizar sus perfiles, a partir de las acciones de compartir textos, imágenes, aplicaciones y otros contenidos, que promueven establecer una relación de información/comunicación con otros usuarios de la red”².

Más allá de estas definiciones, una red social es un espacio creado en Internet para facilitar la interacción entre las personas, lo que hace posible, en gran parte, la aparición de nuevas técnicas económicas como el marketing de influencia, concepto que trataremos más adelante.

No es fácil encontrar el origen de las redes sociales, ya que se trata de un fenómeno que ha crecido mucho y muy rápido en los últimos años, sin embargo, hay autores que establecen como punto de partida el año 1995, cuando Randy Conrads creó el sitio web “*classmates.com*”. Su objetivo principal era encontrar y ponerse en contacto con antiguos compañeros de colegio. A raíz de esta primera red se fueron creando otras con la intención de encontrar a

¹ PONCE IDATZIA, I., Monográfico: *Redes Sociales*, 2012, p.2.

² LARA-NAVARRA, P., LÓPEZ-BORRULL, A., SÁNCHEZ-NAVARRO, J., YÀNEZ, P., “Medición de la influencia de usuarios en redes sociales: propuesta SocialEngagement”, en *El profesional de la información*, 2018, vol. 27, p. 2.

amigos de amigos, como la famosa “*Friendster*”. En 2003 ya había más de 200 plataformas sociales. Desde entonces, la historia de las redes sociales ha cambiado constantemente y, mientras unas permanecen, otras muchas han desaparecido.³ No cabe duda de que estas plataformas que se instauraron en la sociedad a finales del siglo XX han llegado para quedarse y van a seguir en continua evolución a lo largo de los años según las necesidades de las personas.

2.2 RELEVANCIA DE LAS REDES SOCIALES EN LA ACTUALIDAD.

Los seres humanos somos, por naturaleza, seres sociales, y tenemos la necesidad de compartir nuestros logros, nuestras alegrías, nuestras tristezas, nuestras dudas e incluso nuestras inseguridades con los demás. Vivimos en comunidad porque necesitamos a otras personas para sobrevivir, no somos autosuficientes. Las redes sociales se crearon precisamente para eso, por la constante necesidad de las personas de relacionarse, de querer compartir su vida con el resto de la sociedad.

Las redes sociales nos han facilitado la vida en muchos sentidos. Ahora es mucho más sencillo comunicarnos, con ellas podemos hablar y ver a personas que se encuentran a miles de kilómetros, también podemos encontrar a individuos que tengan las mismas ideas y los mismos pensamientos que nosotros y compartir nuestras opiniones con ellos. Además, a través del marketing de las redes sociales se puede dar a conocer un negocio y atraer clientes al mismo.⁴

La importancia de las redes sociales en la actualidad es innegable; cada vez aparecen nuevas y más específicas para que todo el mundo pueda acceder

³ GONZÁLEZ, C., *Historia y evolución de las redes sociales*, 2015. <https://www.gonzalezcristian.com.ar/2015/03/historia-y-evolucion-de-las-redes-sociales.html> (Web consultada en agosto de 2020).

⁴ CFGS Gestión de ventas y espacios comerciales. IES Miguel Romero Esteo, *¡Nube Digital!*, en Marketing Digital, 2019, <http://marketingdigital.romeroesteo.es/gvs/2019/01/22/importancia-de-las-redes-sociales-en-la-actualidad/#:~:text=Importancia%20de%20las%20redes%20sociales%20en%20la%20actualidad%20%C2%ABtenemos,necesidad%20de%20compartir%20nuestros%20logros%C2%BB&text=Las%20redes%20sociales%20nos%20han,miles%20de%20kil%C3%B3metros%20a%20distancia.> (Web consultada en agosto de 2020).

a la que desee según sus necesidades. Una parte de nuestra vida social se ha trasladado hoy en día a la *web*. Las formas en las que nos comunicamos también se han adaptado a este fenómeno, ahora hay muchas personas que, ya sea por falta de tiempo, o por otros motivos, la socialización la realizan en las redes sociales.⁵

2.3 REDES SOCIALES MÁS POPULARES.

Es evidente el impacto que tienen Internet y sobre todo las redes sociales en nuestras vidas, y es que las personas pasamos una media de 6 horas y 43 minutos cada día en la *web*, de las cuales 2 horas y 24 minutos las dedicamos sólo al uso de las redes sociales. En total, más de 4,5 billones de personas en el mundo usan Internet y más de 3,8 billones están utilizando las redes sociales en 2020, aproximadamente 321 millones de usuarios más que en 2019.⁶

En cuanto a las redes sociales más utilizadas por los usuarios en España, según el informe “*Global Digital Overview*” son: en primer lugar, *Youtube*, con un 89% de los internautas, *Whatsapp* con un 86%, *Facebook* un 79%, *Instagram* un 65%, *Twitter* 53%, *Linkedin* 35%, *Pinterest* 35%, *Skype* 28%, *Snapchat* 21%, *Twitch* 16% y por último *TikTok* con un 12%.⁷

Como análisis de las redes sociales más utilizadas en España podemos destacar lo siguiente de cada una de ellas:⁸

1. *Youtube*. Se trata de una plataforma que permite a los usuarios publicar o subir sus propios videos, ver los de otros usuarios e interactuar con ellos.

⁵ Webespacio, *Importancia de las redes sociales*, en Webespacio: redes sociales, 2014, <https://www.webespacio.com/importancia-redes-sociales/> (Web consultada en agosto de 2020).

⁶ LUCCA, R., *Las redes sociales con más usuarios: 2020*, en DX Media, 2020, <https://dxmedia.net/redes-sociales-usuarios-2020/> (Web consultada en agosto de 2020).

⁷ KEMP, S., *Digital 2020: 3.8 billion people use social media*, en We are social media, 2020. <https://wearesocial.com/blog/2020/01/digital-2020-3-8-billion-people-use-social-media> (Web consultada en agosto de 2020).

⁸ NET Bulb social media, *Las 35 redes sociales más importantes en 2020*, en NET Bulb social media: Noticias, 2020, <https://netbulbsocialmedia.com/noticias/redes-sociales-mas-importantes-2020/> (Web consultada en agosto de 2020).

2. *Whatsapp*. Es una red social que permite a los usuarios compartir mensajes y contenido multimedia. Como característica, tiene la apariencia de una aplicación de mensajería.

3. *Facebook*. En ella los usuarios comparten publicaciones de texto, imágenes y videos entre otras cosas con sus “amigos de *Facebook*”. También pueden comunicarse mediante el *chat messenger* de *Facebook*.

4. *Instagram*. Es una de las redes sociales que más rápido está creciendo en los últimos años. En ella los usuarios comparten videos, imágenes y transmisiones en vivo con sus seguidores, además, dispone, al igual que *Facebook*, de un chat para que los usuarios se comuniquen de forma privada.

5. *Twitter*. Permite a los usuarios publicar sus opiniones y participar en conversaciones relevantes con otros usuarios, además les permite mantenerse al tanto de los temas de tendencia.

6. *Linkedin*. Se trata de una excelente plataforma para buscar y solicitar puestos de trabajo, así como compartir con el resto de los usuarios la experiencia profesional que hayan podido tener.

7. *Pinterest*. Los usuarios pueden crear tableros y agregar imágenes y productos al mismo. Es una plataforma muy visual en la que incluso las marcas pueden vender sus productos.

8. *Skype*. Permite principalmente la telefonía a través de Internet con imagen y audio. A raíz del confinamiento han aumentado considerablemente los usuarios que acceden a esta plataforma para poder comunicarse con sus seres queridos.

9. *Snapchat*. Al igual que en *WhatsApp* e *Instagram*, los usuarios pueden enviarse imágenes entre sí y actualizar los estados que duran 24 horas.

10. *TikTok*. Se trata de otra red social que ha crecido notablemente con el confinamiento, sobre todo entre los más jóvenes. Se usa para crear videos, normalmente sincronizando los labios y bailando con las canciones más populares.

2.4 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS REDES SOCIALES.

Como hemos visto, las redes sociales son un fenómeno que gana cada vez más seguidores, pero ¿es bueno todo lo que ofrecen? A continuación, vamos a indagar en las ventajas y desventajas de estas plataformas virtuales.⁹

Con respecto a las ventajas, hay que destacar las siguientes:

1. Facilitan la interacción y las relaciones entre las personas, evitando las barreras, tanto culturales como físicas.
2. Permiten intercambiar aficiones, actividades o intereses.
3. Permiten construir una identidad personal, ya que los usuarios pueden compartir todo tipo de información con el resto de los cibernautas.
4. Pueden ser utilizadas en el sector laboral y académico para el intercambio de experiencias innovadoras.
5. Favorecen el trabajo colaborativo entre las personas, que pueden participar en un proyecto en línea desde cualquier parte.
6. Las empresas que hacen uso de las redes sociales tienen mayor eficiencia y un acertado trabajo en equipo.

En cuanto a las desventajas o inconvenientes de las redes sociales, podemos mencionar las siguientes:

1. Si no se utilizan de forma adecuada se pueden convertir en una adicción, sobre todo entre los más jóvenes.
2. Hay una falta de privacidad, ya que se muestra gran parte de la información personal públicamente y esto puede traer problemas.
3. Existe un riesgo de pérdida de la interacción con el entorno social.
4. Los usuarios se pueden convertir en víctimas de suplantación de identidad y *ciberbullying*.

⁹ Redes sociales Contreras, *Ventajas y desventajas del uso de las redes sociales*, en Redes sociales Contreras: Ventajas y desventajas de las redes sociales, <https://sites.google.com/site/redessocialescontreras/ventajas-y-desventajas-de-las-redes-sociales> (Web consultada en agosto de 2020).

5. Personas con segundas intenciones pueden invadir la privacidad de otros usuarios causándole problemas.

Las redes sociales influyen en el día a día de las personas de una forma positiva, pero en ocasiones también negativa; es por ello por lo que se debe hacer un uso adecuado para llegar a sacarles su máximo provecho.

2.5 LAS REDES SOCIALES Y LA PUBLICIDAD.

Las redes sociales han supuesto una gran revolución en el mundo de la comunicación que afecta a todos los segmentos de la sociedad. En concreto, el ámbito de la publicidad ha encontrado en las redes sociales una potencial herramienta para ampliar las ventas de las empresas y expandir su mercado.

La competitividad y los avances tecnológicos han hecho que las marcas deban establecer tácticas que los acerquen a los consumidores, es por ello por lo que la interactividad en las redes sociales facilita a las empresas la posibilidad de colocar sus pautas publicitarias, conocer las necesidades del mercado y generar estrategias a un costo muy bajo.¹⁰

La publicidad en las redes sociales consiste en mostrar anuncios pagados por marcas a los usuarios de la red social. Las campañas de la publicidad en estas plataformas se suelen estructurar siempre de la misma forma. En primer lugar, se elige cual va a ser el objetivo de la campaña y después se decide a qué tipo de personas se quiere que vayan dirigidos los anuncios, el presupuesto y cómo facturar. Por último, se decide cómo van a ser los anuncios que se van a publicar en las redes sociales. Dependiendo de a qué red social se quiere dirigir la publicidad, los anuncios serán de un estilo o de otro; por ejemplo, si el público al que va dirigido el comercial es un público joven, conviene que la marca invierta en *Instagram* o *TikTok*.

Como ventajas de hacer publicidad en las redes sociales hay que destacar que es más económica que otros canales de pago, además se puede llegar a tener una gran audiencia, ya que son millones de personas las que utilizan las redes; también permiten hacer una segmentación del mercado, se

¹⁰ ROJAS VALERIO, I., *La publicidad en las redes sociales: impulso a las microempresas en crecimiento*, Costa Rica, 2013. p. 1.

puede seleccionar al público objetivo por los intereses que tenga, además, otra de las ventajas de la publicidad en las redes sociales es que las campañas publicitarias se pueden viralizar y llegar a millones de personas de forma rápida y orgánica.¹¹

2.6 DESTINATARIOS DE LA PUBLICIDAD EN LAS REDES SOCIALES.

Según el estudio presentado por el Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (ONTSI) sobre el “Perfil sociodemográfico de los internautas” con los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), en 2019, casi 32 millones de personas se han conectado alguna vez a la red, lo que supone el 91,6% de la población entre 16 y 74 años.¹²

Asimismo, el Estudio de Redes Sociales 2020 realizado por la organización “*Interactive Advertising Bureau*” (IAB), establece que un 87% de la población española internauta utiliza redes sociales, un porcentaje incrementado con respecto a años anteriores a causa principalmente, del COVID 2019, ya que los datos muestran que los niveles de conexión a Internet han permitido una normalización de las actividades de la vida cotidiana durante el confinamiento. Además, el estudio afirma que a un 34% de los usuarios de las redes sociales les gusta que se muestre en ellas publicidad adaptada a sus intereses, y 6 de cada 10 personas piensan que la publicidad de las redes sociales cumple sus expectativas.¹³

Sin embargo, la publicidad en las redes sociales no está dirigida a un perfil en concreto, sino que todo depende de los objetivos que tengan las distintas campañas publicitarias. Una campaña publicitaria en las redes sociales no va dirigida a todas las personas en general, sino que gracias a las redes se

¹¹ MÁÑEZ, R., *Qué es la publicidad en Redes Sociales y cómo funciona*, en Rm Rubén Máñez, 2018, <https://rubenmanez.com/publicidad-en-redes-sociales-que-es-tipos-y-ventajas-consejos/> (Web consultada en agosto de 2020).

¹² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Perfil sociodemográfico de los internautas*, en Observatorio nacional de las telecomunicaciones y de la SI, 2016, [https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/Perfil%20sociodemogr%c3%a1fico%20de%20los%20internautas%20\(datos%20INE%202016\).pdf](https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/Perfil%20sociodemogr%c3%a1fico%20de%20los%20internautas%20(datos%20INE%202016).pdf) (Web consultada en agosto de 2020).

¹³ IAB SPAIN, *Estudio de Redes Sociales 2020*, file:///C:/Users/carne/Downloads/estudio-anual-redes-sociales-2020_vreducida.pdf (Web consultada en agosto de 2020).

puede seleccionar un público objetivo al que dirigir el anuncio. En opinión de Christina Newberry, escritora y bloguera especializada en el mundo del marketing digital, *“Tal vez tratas de persuadir a personas que tienen un puesto de trabajo específico, profesionales de redes sociales o gerentes de comunidad que tienden a pasar tiempo considerable en redes sociales todos los días, por ejemplo. O quizá tu objetivo es persuadir a los encargados de tomar decisiones en una vertiente en particular, quizá el gobierno o expertos en finanzas que tienden a confiar plenamente en recomendaciones en su red de colegas. O bien, podrías intentar dirigirte a un segmento de consumidores específico, como los millennials que buscan comprar su primera casa.”*¹⁴

Por tanto, los destinatarios de la publicidad en las redes sociales no son específicos, sino que dependen de la marca y de la clase de campaña publicitaria que desee desempeñar, así como del tipo de *influencer* que se elija para hacer la publicidad.

III. INFLUENCER Y MARKETING DE INFLUENCIA.

3.1 CONCEPTO Y ORIGEN DEL FENÓMENO INFLUENCER.

Todos hemos oído alguna vez hablar de la palabra *influencer*. Se trata de un término instaurado ya en el vocabulario de todo el mundo gracias al impacto de las redes sociales y al auge de las nuevas tecnologías. Pero ¿sabemos realmente qué son los líderes de opinión, también llamados *influencers*? Rafael Muñiz en su Diccionario de Marketing Digital define al *influencer* como *“una persona que cuenta con cierta credibilidad sobre un tema concreto, y por su presencia e influencia en las redes sociales puede llegar a convertirse en un prescriptor interesante para una marca”*.¹⁵ Y según el diccionario de Marketing Directo, los influenciadores o *influencers* son *“personas*

¹⁴ NEWBERRY, C., *Marketing de influencia en redes sociales: todo lo que necesitas saber*, en Hootsuite, 2017 <https://blog.hootsuite.com/es/marketing-de-influencia-en-redes-sociales/> (Web consultada en agosto de 2020).

¹⁵ 40defiebre, *¿Qué es un influencer?*, en 40defiebre: Diccionario de marketing digital, <https://www.40defiebre.com/que-es/influencer> (Web consultada en julio de 2020).

que generan información de productos, servicios o, gracias al fenómeno de las redes sociales, de cualquier tema de actualidad. Regularmente se especializan o hablan de un tema o categoría en específico y, por lo general, tienden a interactuar y a participar con otros usuarios compartiendo sus opiniones, pensamientos, ideas o reflexiones”.

Como herramientas del marketing digital son personalidades capaces de marcar tendencia e influir en las decisiones de compra de sus seguidores, así como ser un gran apoyo en la promoción de una determinada marca.¹⁶

Entre estos líderes de opinión nos encontramos figuras públicas como actores, cantantes o deportistas que cuentan con un gran número de seguidores en sus respectivas redes sociales, y también a *instagrammers*, *bloggers*, *videobloggers*... que, sin contar con un reconocimiento previo han logrado tener una buena posición dentro de su ámbito o sector.¹⁷

La figura del *influencer* nace de la existencia de nativos digitales, también llamados prescriptores de productos, servicios o marcas que crean contenidos atractivos que construyen su marca personal y la futura base de lo que será su colaboración con marcas comerciales. Estos nativos digitales nacieron creando contenidos en plataformas de Internet como *Fotolog*, *Metroflog* o *MySpace*. Pero, como todo, las plataformas han ido evolucionando al igual que estos prescriptores, llegándose a formar la figura actual del *influencer* de las redes sociales. Con la llegada de Internet a toda la población se ha facilitado el proceso. Antes de la llegada de este medio de comunicación se empleaban otros, como la televisión o la radio, no siempre accesibles a todo el mundo, sin embargo, actualmente cualquier persona tiene acceso a la red de forma inmediata, lo que facilita la llegada de las marcas comerciales a la población.

Sin embargo, la verdadera explosión del *influencer* y del marketing de influencia fue en 2013, cuando los blogs estaban en su punto álgido y surgieron

¹⁶ GILLIN A., “The new influencers: A marketer's guide to the new social media”, P & Moore, Linden Publishing, 2009.

¹⁷ GALEOTTI A., GOYAL S., “Influencing the influencers: a theory of strategic diffusion”, en *The Rand Journal of Economics*, 2009, vol. 3, pp. 509-532.

las redes sociales para dar un nuevo escaparate a los blogueros y personas influyentes en la red.¹⁸

3.2 TIPOLOGÍA DE *INFLUENCERS*.

A la hora de planificar una campaña de publicidad con *influencers* es importante tener en cuenta qué tipos existen y cómo actúa cada uno. Para ello se establecen tres variables: *influencers* según el tipo de contenido que crean en sus redes sociales, según el número de seguidores que tienen y según la composición del perfil.

En cuanto a los tipos de *influencers* según su contenido podemos distinguir:

- *Celebrities*. Se trata de personajes famosos que han conseguido un gran número de seguidores gracias a su aparición en medios de comunicación. Su imagen es su principal fuente de ingresos. Suelen realizar publicidades previamente pagadas, como aparecer en un anuncio o mostrar productos relacionados con la apariencia física en las redes sociales. Un ejemplo de *celebrity* puede ser algún artista o cantante de algún programa de televisión polémico.
- Líderes de opinión. Analizan y recomiendan un determinado servicio o producto sin haber sido contratados. Muestran su experiencia personal con sinceridad a sus seguidores. Suelen posicionarse con un determinado sector y las marcas que ofrecen sus productos a estos *influencers* les dejan actuar con un alto nivel de independencia.
- Especialistas. Son profesionales que investigan y se especializan en un ámbito concreto. Su formación e investigación en una determinada materia son sus principales activos.
- Reporteros. Reproducen su vida, experiencias y rutinas de forma habitual en vídeos o imágenes a través de sus redes sociales. La mayoría de

¹⁸ Influencity blog, *Antecedentes del marketing de influencia: cómo hemos llegado hasta hoy*, en Influencity blog: Marketing de *influencers*, 2018, <https://influencity.com/blog/es/antecedentes-del-marketing-de-influencia/#:~:text=La%20figura%20del%20influencer%20nace,de%20lo%20que%20ser%C3%A1%20su> (Web consultada en julio de 2020).

estos reporteros opta por la asistencia por invitación a eventos para contar la experiencia, el patrocinio permanente de marcas y la participación en publicidades.

- *Influencers* de entretenimiento. Son los creadores de todo el contenido que publican y solo están interesados en entretener a la audiencia. Su principal activo proviene de la fidelización de su audiencia. Realizan colaboraciones publicitarias diversas en función del contenido que suelen publicar.

También se puede distinguir a los *influencers* según el número de seguidores que tengan en sus redes sociales. Esto influirá directamente en el alcance e impacto que pueda llegar a tener una determinada campaña publicitaria.

- Microinfluencers. Entre 5.000 y 10.000 seguidores.
- *Influencers* pequeños. Entre 10.000 y 50.000 seguidores.
- *Influencers* medianos. Entre 50.000 y 500.000 seguidores.
- *Influencers* o *influencers* grandes. Entre 500.000 y 2,5 millones de seguidores.
- Famosos o *megainfluencers*. De 2,5 millones de seguidores en adelante.

Según la composición del perfil podemos diferenciar los siguientes *influencers*:

- Individual. El perfil del *influencer* y el contenido que genera en las redes lo gestiona una única persona independiente.
- Colectivo. El perfil y el contenido lo administran un grupo cerrado de personas, normalmente entre 2 y 8.
- Comunitario. El perfil lo gestiona un grupo de administradores, mientras que el contenido lo crean los usuarios de una comunidad y lo administran los moderadores.¹⁹

¹⁹ ENTIZNE FERNÁNDEZ, V., *Tipos de Influencers*, en Aperture, 2018. <https://www.aperture.es/investigacion/tipos-de-influencers/> (Web consultada en julio de 2020).

3.3 PROFESIONALIZACIÓN DEL *INFLUENCER*.

Hoy en día muchos niños ya no sueñan con llegar a ser profesores, médicos o astronautas, sino que desean ser *influencers*. Cada vez más personas aspiran a convertirse en un modelo a seguir para sus “*followers*” tomando como referencia a personas anónimas que han llegado a convertirse en verdaderas celebridades, capaces de hacer de su afición, su profesión. Y es que la mayoría de los *influencers* comienzan en este mundo de las redes sociales como un pasatiempo, y acaban haciendo del mismo su propio trabajo. Sin embargo, no todas las personas que publican contenido en sus redes llegan a ser líderes de opinión, ya que para ello hay que cumplir una serie de requisitos, como fijar un objetivo, crear contenido de valor y, sobre todo ser auténtico; tener una marca personal es fundamental para poder convertirse en *influencer*. Aun así, no todo el mundo que cumple con estos requisitos se convierte en líder de opinión, pero, el que llega a serlo puede hacer de ello una verdadera profesión.

Con la llegada de las redes sociales se creó un nuevo escaparate donde las personas podían mostrar su experiencia o conocimientos sobre un determinado tema, así como interactuar con el público de una manera sencilla, es por ello por lo que las empresas se fijaron en esta técnica como método para dar a conocer sus marcas a través de esta influencia digital. Se produjo entonces una profesionalización de este sector. Hoy en día abundan las agencias que representan a este tipo de profesionales y que hacen de intermediarias con las empresas y marcas que desean contratar sus servicios para que se conviertan en prescriptores de sus productos.

Al tratarse de una profesión tan reciente, de apenas unos cinco años, no existe aún ninguna formación para poder enseñar a la gente como desempeñar esta labor.²⁰ Sin embargo, desde 2018, la Universidad Autónoma de Madrid imparte un polémico curso para convertir a las personas en *influencers*, y digo polémico porque ha recibido multitud de críticas, también de otros líderes de opinión, los cuales han criticado este y otro tipo de cursos *online* alegando que

²⁰ NEBREDÁ LÓPEZ, M., *Cómo ser influencer: requisitos, formación y habilidades del influenciador*, en Campus training, 2019. <https://www.campustraining.es/noticias/como-ser-influencer/> (Web consultada en julio de 2020).

esta es una profesión especial, que no se puede aprender, sino que es el público mismo el que la crea haciendo viral un contenido publicado por personas anónimas con personalidades atrayentes.

3.4 CONCEPTO Y ORIGEN DEL MARKETING DE INFLUENCIA.

El marketing de influencia, también conocido como marketing de *influencers*, se puede definir como la estrategia colaborativa llevada a cabo entre empresas y personas influyentes en un determinado sector, de tal manera que ambas partes se benefician de colaborar conjuntamente.²¹ Esto permite que el mensaje publicitario se propague a una mayor velocidad, llegando a un gran público de forma relativamente sencilla.

Este término de marketing de influencia aparece por primera vez en la década de los 60 en boca de Daniel Edelman quién fue fundador de la firma de relaciones públicas más grande del mundo, Edelman. Este lo definió como el “efecto de abducción que las figuras públicas tenían sobre el consumidor”.²² A partir de esta definición surge el concepto actual. Sin embargo, como antecedentes del marketing de influencia podemos encontrar a la conocida marca *Coca-Cola*, que allá por los años 30 desarrolló una de las primeras campañas publicitarias de este tipo de marketing. Así, la marca utilizó la mítica figura de Papá Noel para crear una personificación del espíritu navideño y la felicidad que se siente al tomar *Coca-Cola*, es por ello por lo que parece ser que Santa Claus lleva los colores blanco y rojo de la marca. Así mediante la creación de este personaje, los consumidores recordarían los valores y las cualidades de la marca, en este caso, la felicidad.²³

²¹ MERODIO, J., *Marketing de influencia*, en Juan Merodio blog, 2013, <https://www.juanmerodio.com/que-es-el-marketing-de-influencia-y-como-usarlo-dentro-de-tu-estrategia-de-contenidos/> (Web consultada en julio de 2020).

²² MARTÍN SÁNCHEZ-MORA, M., *El marketing de influencia en el mundo de la moda*, León, 2018, p. 8.

²³ Influency blog, *Antecedentes del marketing...* Op. cit., <https://influency.com/blog/es/antecedentes-del-marketing-de-influencia/> (Web consultada en julio de 2020).

El marketing de influencia consiste en sí en la capacidad de identificar a los líderes de opinión, ya sean *influencers*, prescriptores, o incluso celebridades, para conseguir alcanzar a un público objetivo de un modo natural y directo.

3.5 VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL MARKETING DE INFLUENCIA.

Las marcas y empresas siempre han llegado al público a través de figuras populares. Antes de la popularización de las redes sociales, las empresas utilizaban la imagen de personalidades famosas como actores, cantantes o futbolistas para hacerse publicidad y dar a conocer su marca. Actualmente los empresarios se han percatado de la influencia que tienen las redes sociales sobre la población, sobre todo sobre la gente más joven y es por ello que recurren al marketing de influencia, a los llamados *influencers* o líderes de opinión para hacer publicidad.

Pero ¿en el marketing de influencia son todo pros, o también hay alguna contra? A continuación, se expondrán las ventajas e inconvenientes de este tipo de publicidad en auge actualmente.

Con respecto a las ventajas, nos encontramos con las siguientes:

- Los *influencers* mejoran la reputación de la marca. La personalidad y los valores de cada líder de opinión se reflejan en el producto.
- El público objetivo recibe este tipo de publicidad como una publicidad nativa. Estos interactúan de manera natural, por lo que no resulta una publicidad molesta o invasiva.
- Mejora el SEO. Las siglas SEO hacen referencia a “*Search Engine Optimization*” que en español se traduce como “optimización para motores de búsqueda”. El objetivo del SEO es aparecer el primero en la página de resultados cuando algún consumidor esté buscando algo que tenga que ver con lo que la empresa venda.²⁴ La marca se encuentra más fácilmente en Internet si está relacionada con el *influencer*.
- Tiene un gran alcance con sus seguidores.

²⁴ Agencia SEO, ¿Qué es el SEO?: ¿Por qué lo necesito y cómo funciona?, en Agencia Seo Pencil Speech, 2019, <https://pencilspeech.com/seo-que-es/> (Web consultada en julio de 2020).

- Es una estrategia eficaz si lo que la empresa busca es incrementar el valor de la marca y llegar a nuevos consumidores.

En cuanto a las desventajas o inconvenientes del marketing de *influencers* encontramos las siguientes:

- Falta de compromiso de los *influencers* para con la marca. En ocasiones hacen un uso incorrecto de la marca produciendo un perjuicio a la misma.
- Precaución con la popularidad. Si el personaje es demasiado popular, se puede llevar más atención su imagen que el producto a publicitar en sí.
- Pérdida de credibilidad. Si el tiempo en que se hace la mención a la marca es muy corto, esta puede llegar a perder credibilidad. Esto puede suceder si el *influencer* no comparte los mismos valores que la empresa o estos son muy diferentes al tipo de contenido que suele generar en sus redes.

Este marketing puede ser una buena estrategia para una empresa, pero se debe tener cuidado con la elección del líder de opinión y hay que tener en cuenta los distintos factores, tanto positivos, como negativos.²⁵

IV. PUBLICIDAD A TRAVÉS DE LÍDERES DE OPINIÓN EN REDES SOCIALES O *INFLUENCERS* Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA.

4.1 EL DERECHO DE PUBLICIDAD Y LA PUBLICIDAD ILÍCITA.

El Derecho y la comunicación son presupuestos inseparables en la sociedad. En cualquier sociedad existe necesariamente el derecho y la comunicación. La publicidad es, ante todo, comunicación, una comunicación fundamental para el desenvolvimiento de la vida social.²⁶

²⁵ GABRIEL, C., *Ventajas y desventajas de contratar a un influencer para promocionar tu marca*, en Newspreneur, 2018. <https://newspreneur.lat/startups/tendencias/ventajas-desventajas-contratar-influencer/> (Web consultada en julio de 2020).

²⁶ LÓPEZ CAMARGO.J, “La publicidad engañosa en el Derecho español”, en *Revista de la propiedad inmaterial*, año 2001, vol. 2, p. 87.

El Derecho de la Publicidad se puede definir como un conjunto de normas de carácter predominantemente privado, cuya finalidad es regular la actividad publicitaria. Este Derecho también contiene normas de carácter público, en concreto, está relacionado con el Derecho Constitucional en cuanto a algunos derechos recogidos en la Constitución como son el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la propiedad intelectual, el derecho a la protección de los consumidores, etc. También el Derecho de la Publicidad tiene relación con el Derecho Penal, al tipificar dentro del Código Penal el delito publicitario (art. 282 CP) y con el Derecho Administrativo, en concreto, la intervención administrativa en algunos ámbitos de la publicidad, como la publicidad televisiva. Sin embargo, resalta la importancia de las normas privadas en el Derecho de la Publicidad, sobre todo en el ámbito del Derecho Mercantil.

La publicidad se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP, en adelante), por la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (LCD), y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias (art. 1 LGP).

El concepto de “publicidad” se encuentra definido en el art. 2 LGP que establece lo siguiente: *“se entenderá por publicidad: toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”*.

La publicidad comenzó a darse hace muchos años, a través de periódicos o carteles informativos. Después se empezó a difundir en medios como la radio y la televisión, y actualmente, en Internet, la denominada “*publicidad online*”. Hoy en día muchas empresas sobreviven gracias a este último tipo de publicidad, sobre todo gracias a las redes sociales, haciendo que sea transmitida a millones de personas. Pero a la hora de utilizar estas

herramientas debemos hacerlo adecuadamente, ya que una mala gestión y utilización de las mismas puede suponer un problema.²⁷

La LCD enumera qué actos se consideran desleales, entre los cuales se encuentra la publicidad ilícita. El art. 3 LGP asimismo enumera los tipos de publicidad ilícita, que, por consiguiente, también son desleales:

1. La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, en especial los que se refieren a la igualdad, el honor, la intimidad, la infancia y la juventud [art. 3.a) LGP].

2. La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores, además de aquella publicidad que induzca a error sobre las características de los productos, sobre su seguridad y sobre la capacidad o aptitudes necesarias en el niño para poder utilizarlos sin producir daño para sí o para terceros. También aquella publicidad que, sin un motivo justificado, presente a los niños en situaciones peligrosas [art. 3.b) LGP].

3. La publicidad subliminal. Esta es aquella que, *“mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”* [art. 3.c) y art. 4 LGP].

4. La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios [art. 3.d) LGP].

5. La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal [art. 3.e) LGP].

Para la realización de este trabajo, este último tipo de publicidad ilícita es el que nos merece más importancia, “la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva”. En concreto, el tema que nos compete es un

²⁷ RIBAS, E., *Publicidad ilícita: qué es, ejemplos y cómo se autorregula*, en IEBS, 2017. <https://www.iebschool.com/blog/publicidad-ilicita-ejemplos-publicidad-online/> (Web consultada en junio de 2020).

tipo de publicidad engañosa, la publicidad encubierta, que analizaremos más adelante.

4.2 PUBLICIDAD ENGAÑOSA Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA.

Tal y como hemos señalado anteriormente, la publicidad es una gran herramienta de transacción comercial, pero si no se utiliza adecuadamente, conforme al ordenamiento, puede ser fuente de ilícitos, configurando así, los supuestos de publicidad ilícita. Uno de esos tipos de publicidad ilícita es la publicidad engañosa, establecida en el art. 3.e) LGP.²⁸

Esta se encuentra definida en la Directiva del Parlamento Europeo sobre publicidad engañosa y comparativa como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.²⁹

La legislación española, por su parte, define a los actos de engaño como un acto de competencia desleal.³⁰ Sin embargo, no define la publicidad engañosa, señalando únicamente los supuestos en los cuales se puede dar (art. 28 LGP).

Para poder reconocer este tipo de publicidad que induzca a error o engaño, se deben tener en cuenta distintos elementos, como la validez de la información que otorga, las características de los productos, el medio de difusión empleado, etc.³¹

La jurisprudencia española entiende que una publicidad induce a error, si la gran mayoría de los consumidores entienden el razonamiento en un sentido

²⁸ ISLER SOTO, E.M., “Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor”, en *Ars Boni et Aequi*, 2017, vol. 13, pp. 128

²⁹ Art. 2.b), Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006.

³⁰ Art. 7 Ley de Competencia Desleal.

³¹ ISLER SOTO, E.M. “Aproximación...”, *Op. Cit.*, p. 129.

distinto al gramatical, todo esto, según el criterio del consumidor medio.³² Debemos entender el término “consumidor medio” como aquel que está “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”.³³

Asimismo, la doctrina excluye de esta publicidad las prácticas como exaltaciones y exageraciones, ya que, aunque llaman la atención del consumidor, no son suficientes para inducir a un juicio erróneo.

En cuanto a los intereses en juego, la publicidad engañosa puede comprometer los intereses individuales de cada consumidor, los intereses particulares, pero colectivos y también los intereses generales.³⁴

Con respecto a la publicidad encubierta, esta constituye un supuesto específico de publicidad engañosa. Puede ser definida como “aquella publicidad que no es identificable como tal por el público destinatario”. En la publicidad encubierta, la naturaleza publicitaria del mensaje se oculta bajo la apariencia de un mensaje informativo, así el público destinatario atribuye a esa publicidad un valor superior al que tendría si se conociese su verdadero propósito publicitario.³⁵

Para poder considerar un mensaje publicitario como publicidad encubierta se deben dar una serie de presupuestos: en primer lugar, se debe perseguir una finalidad publicitaria o un propósito promocional, en segundo lugar, esta finalidad no debe ser claramente identificable por el público destinatario y, por último, no debe incluir advertencias que informen de esta finalidad.³⁶

Por tanto, la característica que mejor define a la publicidad encubierta es la dificultad que conlleva para el público en general el percatarse de que se

³² GARCÍA SAIS, F., “Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores”, en *Revista de Derecho Privado*, 2004, vol. 9-10, pp. 41 y 42.

³³ *Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, de 16 de julio de 1998, C-210/96 y *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia* de 12 de diciembre de 2002, T-110/01, ap. 39 y de 22 de junio de 1999, ap. 26.

³⁴ ISLER SOTO, E.M., *Op. Cit.*, p. 130.

³⁵ TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (“influencers””, en *Revista de Derecho Mercantil*, 2019, núm. 311/2019, p. 2.

³⁶ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la Ley de Competencia Desleal”, ed. La Ley, Madrid, 2010, pp. 133 y ss.

encuentra ante un verdadero mensaje publicitario y no ante una mera recomendación. Es por este error que se puede producir en el destinatario del mensaje por lo que se prohíbe la publicidad encubierta.

4.3 INFLUENCERS Y PUBLICIDAD ENCUBIERTA.

De conformidad con lo expuesto, para poder considerar un determinado mensaje publicitario como un supuesto de publicidad encubierta, es necesario que se den tres presupuestos: se debe acreditar el propósito publicitario del mensaje, este propósito no debe ser claramente identificable para el público destinatario y, por último, debe haberse omitido en el mensaje advertencias que informen sobre esa finalidad.³⁷

A continuación, analizaremos cada uno de estos presupuestos.

4.3.1 Propósito publicitario del mensaje.

Podemos probar la naturaleza publicitaria de los mensajes difundidos por líderes de opinión o *influencers* de dos formas distintas: a través de la prueba de contraprestación económica del mensaje y en función del origen o contenido.³⁸

4.3.1.1 Prueba de contraprestación económica del mensaje.

Un mensaje es publicitario cuando la persona que lo difunda reciba una contraprestación económica a cambio.³⁹

En este sentido podemos afirmar que, en este sector, los *influencers* pueden recibir una contraprestación de tres formas distintas. En primer lugar, que cada publicación se retribuya pecuniariamente, es decir, cuando recibe un pago por cada publicación que publica. En segundo lugar, que se retribuya pecuniariamente un conjunto de publicaciones. En este caso no se retribuye una por una las publicaciones que difunde el anunciante, sino que se acuerda un

³⁷ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la Ley...” *Op. Cit.*, pp. 133 y ss.

³⁸ TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad...”, *Op. Cit.*, p. 3.

³⁹ FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., “La publicidad encubierta”, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Santiago de Compostela, 1989, p. 194.

pago por un conjunto de anuncios. Por último, están las llamadas retribuciones en especie. Las rentas en especie se definen en el artículo 42 de la Ley 35/2006, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), como “la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios de forma gratuita o por precio inferior al normal de mercado, aun cuando no supongan un gasto real para quien las conceda”. En este ámbito la remuneración en especie generalmente se caracteriza por suministrar a los líderes de opinión los productos que ellos mismos anuncian.

Según los resultados del Estudio sobre marketing de *influencers* en España, en el año 2018 un 46,8% de los directivos de las campañas publicitarias retribuyen a los *influencers* económicamente por cada publicación. Un 22,6% retribuye económicamente por conjunto de publicaciones y un 16,1% retribuye con muestras del producto publicitado, es decir, retribución en especie.⁴⁰

4.3.1.2 Prueba a través del contenido o el origen del mensaje.

En ausencia de cualquier prueba de contraprestación económica o pago a un *influencer*, deberán analizarse las características de su mensaje y verificar si el contenido está justificado editorialmente o no. Para analizar esto resultan de utilidad los criterios utilizados por la doctrina en el ámbito de la publicidad encubierta, en concreto, para determinar si el mensaje difundido por el *influencer* es puramente informativo, o si, por el contrario, persigue un propósito publicitario. Algunos de estos criterios son la exaltación de las ventajas del producto con omisión de los inconvenientes que pudiera producir, la focalización del mensaje en un único producto, la reiteración de mensajes sobre productos realizados por una misma empresa y la focalización de una publicación o de un mensaje en un producto concreto.⁴¹

4.3.2 Identificabilidad de la naturaleza publicitaria del mensaje.

Si el mensaje publicado por un *influencer* tiene carácter publicitario, este debe ser claramente identificable por el público destinatario, en caso contrario, se podría calificar como un caso de publicidad encubierta.

⁴⁰ BRAND MANIC, *Estudio sobre Marketing de Influencers en España*, 2018, p. 11.

⁴¹ FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., “La publicidad encubierta”, *Op. Cit.*, pp. 102 y ss.

El artículo 26 LCD especifica lo siguiente con respecto a la identificabilidad de la naturaleza publicitaria del mensaje: “Se considera desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario”.

Asimismo, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico (LSSI) dice en su artículo 20 lo siguiente: “Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y deberán indicar la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan. En el caso en el que tengan lugar a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente incluirán al comienzo del mensaje la palabra publicidad”. Aunque esta última ley haga solamente alusión al envío de correos electrónicos, los mensajes publicitarios difundidos por líderes de opinión en las redes sociales también deberían incluir la palabra “publicidad”.

Por tanto, los mensajes publicados por *influencers* a cambio de una contraprestación económica podrán considerarse publicidad encubierta si presentan una apariencia informativa. De igual forma, cabe excluir la calificación del mensaje como publicidad encubierta cuando su carácter publicitario es fácilmente identificable por el público destinatario. En este sentido, se puede considerar que un mensaje es fácilmente identificable por el público atendiendo a su ubicación, contexto y contenido.⁴²

La ubicación del mensaje en un contexto publicitario puede llevar a un consumidor medio a identificarlo como publicidad. Lo mismo ocurre con el contenido del mensaje, si por ejemplo este lleva apelaciones a la compra de un determinado producto, lo cual puede revelar de forma inequívoca la naturaleza publicitaria de este.

⁴² TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad...”, *Op. Cit.*, p. 5.

4.3.3 Advertencia sobre la naturaleza publicitaria del mensaje.

4.3.3.1 Introducción.

Si un líder de opinión sube una publicación y en su descripción inserta el *hashtag* o la *etiqueta #*ad la mayor parte del público destinatario reconoce que se trata de una publicidad, sin embargo, no todos los *influencers* identifican de forma clara sus trabajos con marcas. Muchos de estos personajes públicos se limitan a mencionar la marca en el pie de foto para comunicar que se trata de un mensaje publicitario, pero ¿realmente todo el público sabe que al mencionar una marca se está haciendo campaña de esta?

4.3.3.2 Advertencia sobre la naturaleza publicitaria del mensaje.

El artículo 20.1 LSSI establece que “Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales, y la persona física o jurídica en nombre de la cual se realizan también deberá ser claramente identificable”, por tanto, las publicaciones que formen parte de campañas publicitarias deben ser claramente identificadas como publicidad. Se debe dejar claro al público que ese contenido es publicitario.

Cuando la naturaleza publicitaria del mensaje no pueda ser identificada por el usuario destinatario a primera vista, este deberá incorporar una advertencia expresa sobre su propósito promocional.

Asimismo, el Código de Conducta Publicitaria, en su artículo 19 establece que “La naturaleza patrocinada de una recomendación o testimonio debe quedar clara mediante una advertencia adecuada en aquellos casos en que el mensaje, por sus características formales o de contenido, puede inducir a error al usuario sobre dicha naturaleza”.

A estos efectos, existen indicaciones directas como «publicidad», «publi» o incluso «add» que se deben considerar suficientes para informar el contenido publicitario de la publicación. Sin embargo, también es posible hacer referencia a esta naturaleza con expresiones indirectas, como las menciones «patrocinado por», «en colaboración con», o «gracias a». Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz deduce de estas expresiones una relación jurídica o económica entre el anunciante y el *influencer*.

En cambio, se deben considerar como insuficientes aquellas menciones que no adviertan del mensaje publicitario ni directa ni indirectamente, por ejemplo, expresiones como «legal», «información» o la inserción en el mensaje de etiquetas o hashtag con el nombre del producto. Tampoco son aceptables las abreviaturas cuyo significado sea desconocido para el consumidor medio, como «sp» («*sponsored*») o «collab» («*collaboration*»), ya que, si le son desconocidas, difícilmente podrá desprender de ellas que se trata de una publicidad.⁴³

4.3.3.3 Localización de la advertencia.

En este sentido hay dos consideraciones a tener en cuenta: la advertencia debe incluirse en el propio mensaje y además informar al usuario destinatario del carácter publicitario de forma inmediata.⁴⁴

La advertencia se debe incluir dentro del propio mensaje que difunde el *influencer* en una red social. En consecuencia, deben considerarse como insuficientes aquellas advertencias que no se incluyen dentro del propio mensaje, sino en uno independiente al que el usuario debe acudir a través de algún tipo de enlace. Este mecanismo, en primer lugar, exige una acción por parte del destinatario y, en segundo lugar, le impide identificar el carácter publicitario del mensaje desde un principio.

Además, la advertencia debe ser inmediata. Debe permitir al público identificar desde el principio el propósito publicitario del mensaje difundido por el *influencer*. Debe incluirse la advertencia al inicio del mensaje y debe evitarse que pase desapercibida dentro de una variedad de indicaciones. Esto tiene una especial importancia en las redes sociales que combinen video o imágenes fotográficas con un texto descriptivo de los mismos, como, por ejemplo, la plataforma *Youtube*. Por regla general, el destinatario accederá antes al video o a las imágenes que, al texto descriptivo, es por ello por lo que la advertencia publicitaria se deberá incluir en el propio video o en las imágenes. En estos casos si la advertencia de la naturaleza publicitaria de la publicación se inserta en el texto descriptivo que acompaña al contenido multimedia, se deberá considerar

⁴³ TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad...”, *Op. Cit.*, p. 6.

⁴⁴ TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad...”, *Op. Cit.*, pp. 6 y ss.

insuficiente por no permitir al usuario reconocer este carácter desde que accede a la publicación.⁴⁵

V. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA.

5.1 INTRODUCCIÓN.

Tal y como hemos visto anteriormente, la publicidad encubierta se puede definir como aquella publicidad que no es claramente identificable como tal por el público destinatario. En este tipo de publicidad, el mensaje publicitario se oculta bajo la apariencia de un mensaje informativo o de otra naturaleza y, de esta manera, el público atribuye al mensaje un valor superior al que tendría si conociera su verdadero propósito promocional.⁴⁶

Para estudiar la publicidad encubierta debemos tomar en consideración las siguientes normas: Ley 34/1988 General de Publicidad, Ley 3/1991 de Competencia Desleal, Ley 7/2010 General de la Comunicación Audiovisual y Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

A continuación, haremos hincapié en cada una de ellas.

5.2 LEY GENERAL DE PUBLICIDAD.

En nuestro ordenamiento jurídico, la publicidad se rige en su mayor parte por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Esta modificación integra en la ley, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, sobre las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y la Directiva 2006/114/CE del

⁴⁵ *Advertising Standards Authority*, resolución de 26 de noviembre de 2014, caso “Oreo”. <https://www.asa.org.uk/rulings/mondelez-uk-ltd-a14-275018.html> (Web consultada en agosto de 2020).

⁴⁶ TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad...”, *Op. Cit.*, p.2.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la publicidad engañosa y publicidad comparativa.⁴⁷

Ni en la LGP ni en su modificación se hace referencia al concepto de “publicidad encubierta” como tal, pero sí que se alude a la publicidad engañosa en el artículo 3.e) LGP, como uno de los cinco tipos de publicidad ilícita.

Como hemos mencionado anteriormente⁴⁸, la publicidad engañosa se encuentra definida en la Directiva del Parlamento Europeo sobre publicidad engañosa y comparativa como “toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor”.⁴⁹

Cuando la publicidad es engañosa por su forma, nos encontramos ante un supuesto de publicidad encubierta, induciendo a error al presentar una apariencia informativa y no desvelar su verdadero carácter publicitario, y, por tanto, confundiendo al destinatario.⁵⁰ Sabiendo esto, cabe pensar que el legislador ha querido hacer referencia a la publicidad encubierta de una manera indirecta en el artículo 9 LGP, cuando establece que, “Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios”.

5.3 LEY DE COMPETENCIA DESLEAL.

La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal es la norma encargada de regular la publicidad encubierta por remisión de la Ley General de Publicidad⁵¹. Según el artículo 1 LCD, esta ley “tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin

⁴⁷ Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, preámbulo I.

⁴⁸ Vid. apartado 4.2 del presente trabajo.

⁴⁹ Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo... Artículo. 2.b).

⁵⁰ CASTELLÓ MARTÍNEZ, A., “Prescriptores, marcas y tuits. El marketing de influencia”, en *AdResearch ESIC*, 2015, Vol. 12, p. 16.

⁵¹ Ley 34/1988, de 11 de noviembre... Artículo 3.e).

establece la prohibición de los actos de competencia desleal, incluida la publicidad ilícita en los términos de la Ley General de Publicidad”.

Con respecto a la publicidad encubierta, hay que destacar los artículos 5, 7 y 26 LCD. El artículo 5 LCD califica como desleal cualquier acto de engaño, es decir, “cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico” y el artículo 7 LCD considera como desleal “la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa”. En base a estos dos artículos, la publicidad encubierta podría considerarse tanto un acto de engaño, como una omisión engañosa, ya que, en virtud de cada situación, se puede considerar como publicidad encubierta un mensaje que pueda inducir a error al destinatario por su presentación, y, también, un mensaje que oculte información sobre su verdadero propósito publicitario.

Por último, el artículo 26 LCD, hace referencia a las “prácticas comerciales encubiertas”, y prevé como “desleal por engañoso incluir como información en los medios de comunicación, comunicaciones para promocionar un bien o servicio, pagando el empresario o profesional por dicha promoción, sin que quede claramente especificado en el contenido o mediante imágenes y sonidos claramente identificables para el consumidor o usuario que se trata de un contenido publicitario”. De acuerdo con este artículo la publicidad encubierta puede ser un tipo de práctica comercial encubierta, ya que, entre otros, se da el presupuesto de falta de elementos que identifiquen el contenido publicitario del mensaje.

5.4 LEY GENERAL DE LA COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), se verá modificada por la transposición de la Directiva comunitaria 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, del Parlamento europeo y del Consejo que conllevará la regulación nacional del sector audiovisual. Entre otras modificaciones, con esta Directiva se incluyen las redes sociales con

contenido audiovisual dentro del ámbito de aplicación de estas normas, mientras que anteriormente, sólo se aplicaba al ámbito televisivo.⁵² La Directiva entró en vigor el 18 de diciembre de 2018, sin embargo, todavía no se ha transpuesto al ordenamiento jurídico español, que tiene de plazo hasta el 19 de septiembre de 2020 para hacerlo; por tanto, de momento, lo que establece la LGCA no sería aplicable en el ámbito de las redes sociales.⁵³

En relación con la publicidad encubierta, debemos destacar el artículo 2.32 LGCA, el cual contempla una definición de la “comunicación comercial audiovisual televisiva encubierta” y el artículo 18.2 LGCA que prohíbe esta comunicación comercial encubierta. Sin embargo, como hemos dicho, mientras no se transponga la Directiva estas normas sólo serán aplicables al ámbito televisivo.

5.5 LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico tiene por objeto la regulación de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación electrónica.⁵⁴ Le es de aplicación a las personas, tanto físicas como jurídicas, que lleven a cabo servicios, normalmente a título oneroso, por vía electrónica.⁵⁵

En cuanto a la regulación de la publicidad encubierta, destaca el artículo 20.1 de esta ley, en donde se hace referencia una vez más a la identificabilidad

⁵² Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, del Parlamento europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), artículo 4.

⁵³ Centro Español del subtítulo y la Audio descripción, *La trasposición de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual deberá entrar en vigor antes del 19 de septiembre de 2020*, en CESyA, 2019, https://www.cesya.es/trasposiciondirectivaUE_URJC2019 (Web consultada en agosto de 2020).

⁵⁴ Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, artículo 1.

⁵⁵ Ley 34/2002, de 11 de julio... Anexo a).

del mensaje; y el apartado cuarto de ese mismo artículo, el cual prohíbe “el envío de comunicaciones comerciales en las que se disimule o se oculte la identidad del remitente por cuenta de quien se efectúa la comunicación”. Ambos preceptos hacen referencia al principio de autenticidad de la publicidad.

VI. AUTORREGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA.

La autorregulación publicitaria es el compromiso de responsabilidad social asumido por la industria publicitaria, que conlleva el cumplimiento de determinadas normas y principios, así como el sometimiento al Jurado de la Publicidad para la resolución de las eventuales reclamaciones que pudieran presentarse en caso de incumplimiento de estas normas. Su objetivo principal es que la publicidad se realice de forma legal, veraz, honesta y leal en beneficio de los consumidores y del mercado en general.

Actualmente, el organismo encargado de la autorregulación publicitaria en España es el llamado Autocontrol. Se trata de un órgano independiente integrado por agencias de publicidad, anunciantes, medios de comunicación y asociaciones profesionales. Es un sistema de adhesión voluntaria, es decir, las empresas que se dediquen al ámbito de la publicidad se pueden adherir a estos organismos si lo desean, teniendo en cuenta que, aquellas marcas e *influencers* que se hayan adscrito a Autocontrol tendrán más prestigio a nivel social, que aquellas otras que no lo hayan hecho. Es por ello por lo que, las sanciones por incumplimiento de las cláusulas contenidas en los códigos de conducta de estas entidades sólo podrán afectar a las personas o empresas que formen parte del sistema autorregulador; aun así, las personas que no pertenezcan a Autorregulación pueden llegar a recibir algún tipo de recomendación o exhortación por parte de esta.⁵⁶

Con respecto a la actividad realizada por Autocontrol destacan tres cuestiones mencionadas también en el artículo 37 LCD, en concreto: la creación de códigos de conducta, los sistemas de autocontrol previo (como el Copy

⁵⁶ CRUZ TAVERAS, G., “La autorregulación publicitaria: un paso para la economía”, en *Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual*, 2016, n.º 3, p.6.

Advice®), y los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos (como el Jurado de la Publicidad). De estos tres puntos, de momento, nos interesa destacar la creación de los códigos de conducta. Estos son “instrumentos en los que se plasman los compromisos deontológicos que, complementando las normas legales aplicables, las empresas voluntariamente asumen en su actividad publicitaria”. El vigente código de conducta de la publicidad, aprobado en 1996, recoge una serie de normas deontológicas que se aplican a “toda actividad de comunicación publicitaria, independientemente de su forma, formato o medio, tendente a fomentar, de manera directa o indirecta, la contratación de bienes o servicios o la potenciación de marcas y nombres comerciales”. Por tanto, este código también se aplica a la publicidad de los *influencers*. En concreto, debemos destacar su artículo 13, que establece el principio de autenticidad, por el cual, “las comunicaciones comerciales serán identificables como tales sea cual sea su forma, formato o el medio utilizado”. De alguna manera al establecer este principio, el código de conducta está prohibiendo la publicidad encubierta.⁵⁷

Actualmente Autocontrol, junto con la Asociación Española de Anunciantes (AEA) están trabajando en un nuevo código de conducta sobre las prácticas publicitarias con *influencers* que trataremos más adelante.

Además de Autocontrol, también existen otros dos organismos más, creados para promover la autorregulación publicitaria a nivel europeo e internacional: *European Advertising Standards Alliance* (EASA) e *International Council for Ad Self-regulation* (ICAS).

⁵⁷ Autocontrol, *Autorregulación Publicitaria*, 2020, <https://www.autocontrol.es/autorregulacion-publicitaria/> (Web consultada en agosto de 2020).

VII. LÍMITES A LA PUBLICIDAD DIFUNDIDA POR LOS LÍDERES DE OPINIÓN O *INFLUENCERS*.

7.1 ¿ESTÁ REGULADA LA PUBLICIDAD CON *INFLUENCERS*?

La publicidad con *influencers* gana cada vez más relevancia en el mundo del marketing. Las campañas publicitarias utilizan las redes sociales para llegar a un público determinado en función de los productos o servicios que deseen comercializar; y lo hacen a través de estos líderes de opinión, quienes, gracias a su seguimiento masivo, llegan a millones de personas.

Las marcas utilizan la “estrategia de la recomendación” con los *influencers* para atraer al público a su producto. El éxito del marketing de influencia radica en que no es la propia empresa la que anuncia el producto, sino que, quien lo recomienda es otra persona ajena a la compañía, el *influencer*. Los consumidores, en general, buscan las opiniones de otros consumidores que les inspiren confianza a la hora de adquirir un producto. Según un estudio realizado en 2007 por la WOMMA (*Word of Mouth Marketing Association*), el 92% de las decisiones de compra de la población son tomadas bajo la influencia de recomendaciones, mientras que el 74% se producen por el impacto de un anuncio publicitario.⁵⁸

El problema empieza cuando los consumidores se dan cuenta de que las recomendaciones de los *influencers* en los que ellos confían son, en realidad, colaboraciones pagadas, y se sienten manipulados y decepcionados con su ídolo y con la marca. Para contrarrestar este conflicto, el marketing de influencia utiliza estrategias para camuflar el contenido de las publicidades, pero ¿realmente está regulada la publicidad con *influencers*? ¿Dónde se encuentran los límites de la ética y los límites legales en este tipo de publicidad?⁵⁹

⁵⁸ ZAFRA, M.G., *Influencer marketing, estrategia basada en el poder de la recomendación*, en Mercedes g Zafra, 2017. <https://mercedesgzafra.es/influencer-marketing-poder-recomendacion/> (Web consultada en agosto de 2020).

⁵⁹ Gesprodat, *Publicidad con influencers, ¿realmente está regulado?*, en Gesprodat: blog, <https://gesprodat.com/publicidad-con-influencers-regulacion/> (Web consultada en agosto de 2020).

El principal problema al que nos enfrentamos es que la publicidad con *influencers* no está regulada actualmente en España, al menos de forma directa. Las leyes aplicables este tipo de publicidad son, principalmente la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Como hemos dicho anteriormente, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual no se aplica de momento, ya que hasta que no se transponga la Directiva comunitaria 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, del Parlamento europeo y del Consejo, esta ley solo es aplicable a los medios audiovisuales clásicos como la televisión.

Sin embargo, la publicidad con *influencers* sigue sin estar regulada en España, y, ante la rapidez con la que está creciendo este fenómeno se hace necesaria una regulación en el menor tiempo posible.

7.2 CÓDIGO DE CONDUCTA SOBRE EL USO DE *INFLUENCERS* EN LA PUBLICIDAD.

Ante la problemática existente en la actualidad con respecto al control del marketing de influencia, la Asociación Española de Anunciantes (AEA), junto con la Secretaría de Estado para el Avance Digital (SEAD), y Autocontrol, están trabajando en un nuevo código de conducta sobre cómo los *influencers* deberían actuar con respecto a la publicidad. Su principal objetivo es buscar una homogeneidad en las prácticas publicitarias con estos líderes de opinión. Se espera que los *influencers* se adhieran de forma voluntaria a este código mejorando así su propia imagen y la del sector.⁶⁰

Autocontrol será el organismo encargado de verificar el cumplimiento de las normas establecidas en el código de conducta y de juzgar su aplicación, ya que cuenta con su propio jurado especializado para resolver las reclamaciones.

⁶⁰ LETSLAW, *Publicidad influencers*, 2019, en LETSLAW: Publicidad en Internet, <https://letslaw.es/publicidad-influencers/#:~:text=La%20Ley%20General%20de%20Publicidad,patrocinados%20que%20realizaban%20los%20influencers.&text=Sin%20embargo%2C%20sigue%20habiendo%20oscuridad,empresas%20con%20las%20que%20trabaja>. (Web consultada en agosto de 2020).

Uno de los principios que va a cobrar más fuerza en este nuevo código es el “principio de autenticidad” junto con la exigencia de transparencia. En concreto, Autocontrol establece cuatro objetivos relacionados con este tema:⁶¹

1. Obligación de que la publicidad con contenido editorial sea fácilmente reconocible como tal por el público destinatario o en caso contrario, etiquetada.
2. La publicidad no debe hacerse pasar por otro tipo de contenido.
3. En los casos en los que una publicación, por sus características formales o de contenido, pueda inducir a error al usuario sobre su naturaleza, el carácter publicitario debe quedar claro mediante una advertencia adecuada.
4. Por último, son de obligado cumplimiento las previsiones en materia de protección de datos de las comunicaciones comerciales previstas en el Reglamento Europeo de Protección de Datos (RGPD) y la Ley Orgánica de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD).

El marketing de influencia se debe regular cuanto antes en España, ya que es un tema muy presente en la actualidad y, sobre todo, porque la audiencia tiene derecho a saber si el *influencer* muestra una opinión sincera sobre el producto o servicio que muestra en las redes sociales.

7.3 REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD CON *INFLUENCERS* EN OTROS PAÍSES.

Una cuestión interesante es que la legislación de la publicidad depende de cada país y, por supuesto, no todos los lugares se rigen por las mismas

⁶¹ Autocontrol, *La Asociación celebra su 24º Asamblea General: Autocontrol moderniza su código de conducta para dar respuesta a los nuevos retos de la publicidad digital*, 2019, <https://www.autocontrol.es/2019/06/04/la-asociacion-celebra-su-24o-asamblea-general-autocontrol-moderniza-su-codigo-de-conducta-para-dar-respuesta-a-los-nuevos-retos-de-la-publicidad-digital/> (Web consultada en agosto de 2020).

normas. Como hemos dicho, en España, pese a que todavía no ha entrado en vigor el código de conducta de los *influencers* y la publicidad, hay algunas normas que regulan la publicidad encubierta en las redes sociales como son la Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico.

Pero ¿cómo se regula la publicidad con *influencers* en otros países?

7.3.1 Regulación en Europa.

Lo primero que hay que tener en cuenta es la Guía de Buenas Prácticas para el marketing de influencia publicada por la *European Advertising Standards Alliance* (EASA) a finales de 2018. La EASA es una alianza que actúa como un sistema de coordinación de los organismos de autorregulación de la publicidad en Europa, estableciendo recomendaciones sobre buenas prácticas y principios comunes. Estas recomendaciones no son vinculantes, pero sirven de guía para poder aplicar de la misma forma la autorregulación publicitaria en el ámbito europeo.

Según este código, para que el contenido de las publicaciones de los *influencers* se pueda identificar como contenido publicitario, debe haber, por un lado, un control editorial por parte de las marcas y, por otro, remuneración al *influencer*, ya sea en efectivo, o en especie. Si se dan estos dos requisitos el contenido de la publicación del *influencer* es patrocinado y, por tanto, este debe identificarse como tal, de manera clara para el público destinatario. Para ello, la EASA establece ejemplos de cómo podría identificarse la naturaleza comercial de la publicación, como son: el uso de etiquetas o *hashtags* que den a entender que el contenido es publicitario, la ubicación y el momento en el que debe realizarse esa identificación, o la introducción de comentarios en la publicación que permitan al público identificar la naturaleza del contenido. Además, la EASA afirma que la responsabilidad del cumplimiento de estas obligaciones es tanto del propio *influencer*, como de la marca patrocinadora.⁶²

⁶² ALONSO, A., *EASA publica su recomendación de buenas prácticas en marketing de influencers*, en Cuatrecasas, 2019. <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/easa->

7.3.1.1 Regulación en Reino Unido.

Sin duda, Reino Unido se encuentra a la cabeza de Europa en cuanto a la regulación de la publicidad con *influencers*. Hay que destacar dos organizaciones: la *Advertising Standards Authority* (ASA) que es el organismo encargado de analizar y regular la publicidad, y la *Competition and Markets Authority* (CMA) el cual es el órgano que actúa contra personas físicas o jurídicas concretas en materia de publicidad. Esta última organización, junto con 16 *influencers* británicos, establecieron en 2019 un “Código de buenas prácticas” para dejar claro a los usuarios cuándo una publicación está sujeta a una relación comercial. Este código no es prescriptivo, pero alienta a que las marcas y los *influencers* sigan una política coherente para que anuncios se etiqueten de la misma forma⁶³.

Los puntos principales de este código son los siguientes:

1. Dejar claro a los seguidores cuándo se les ha recompensado por anunciar un determinado producto.
2. No engañar a los consumidores.
3. Hay que declarar expresamente que la publicación es de naturaleza promocional.
4. Finalmente, si una publicación incluye varios patrocinios, tratar cada publicación de una forma individual y aislada.

Como hemos dicho, para que estos principios tengan sentido, es importante que tanto las marcas como las personas influyentes pongan de su parte.

[publica-recomendacion-buenas-practicas-marketing-influencers/](#) (Web consultada en agosto de 2020).

⁶³ COOBIS, *Desgranamos el manual de buenas prácticas de los influencers británicos*, en Coobis: Influencer Marketing, 2019, <https://coobis.com/es/cooblog/codigo-de-buenas-practicas-de-los-influencers/#:~:text=El%20c%C3%B3digo%20de%20buenas%20pr%C3%A1cticas%20de%20los%20influencers%20establece%20los,anunciar%20un%20producto%20o%20servicio.> (Web consultada en agosto de 2020).

7.3.1.2 Regulación en otros países europeos.

En cuanto al resto de países europeos, solo Italia y Holanda tienen un código de autorregulación del marketing con los *influencers*; el resto, lo engloban dentro de la publicidad engañosa o encubierta.

En otros lugares, como Alemania se ha llegado incluso a tribunales por las publicaciones comerciales de los líderes de opinión, es por ello por lo que ya planean establecer nuevas estrategias para los *influencers* que publican fotos y videos en las redes sociales.⁶⁴

7.3.2 Regulación en el resto del mundo.

Aunque lo que más nos interesa es abordar la regulación de la publicidad con *influencers* en España y en Europa, es importante señalar también la legislación de otros países, ya que pueden servir de guía o de modelo para futuras normas dentro de nuestro ordenamiento.

Estados Unidos es uno de los países que más regulación tiene en este sentido, y es que, la *Federal Trade Commission* ya ha avisado a más de 90 *influencers* por prácticas inadecuadas. Por ello, insiste en que incluir la etiqueta *#ad* después de otros muchos *hashtags* no es suficiente a la hora de hacer obvia la relación promocional existente.⁶⁵

Un caso que tiene una especial relevancia es Argentina, país en el que recientemente se ha lanzado un proyecto de ley para regular la actividad de los *influencers*. Ante el vacío legal existente, se ha presentado en el Congreso de la Nación un proyecto de ley que persigue regular la actividad publicitaria de estos líderes de opinión en las redes sociales, así como sus derechos, obligaciones y el régimen sancionador aplicable. El proyecto tiene un doble objetivo, por un lado, proteger los derechos del consumidor y velar por evitar que la publicidad

⁶⁴ PEDRÓN, V., *La regulación de la publicidad de influencers en España, Europa y más allá*, en Términos y condiciones, 2019. <https://terminosycondiciones.es/2019/02/07/la-regulacion-de-la-publicidad-de-influencers-en-espana-europa-y-mas-alla/> (Web consultada en agosto de 2020).

⁶⁵ PEDRÓN, V., “La regulación de la publicidad de *influencers*...”, *Op. cit.* 2019. <https://terminosycondiciones.es/2019/02/07/la-regulacion-de-la-publicidad-de-influencers-en-espana-europa-y-mas-alla/> (Web consultada en agosto de 2020).

discrimine los valores de una sociedad democrática; y, por el otro, llenar el vacío legal existente en cuanto a la regulación de la publicidad de los *influencers*.

Según este nuevo proyecto de ley, la actividad del *influencer* se considerará publicidad digital cuando se realicen cualquiera de estas prácticas de comunicación:

- *Unboxings*. Esto es, compartir en las redes sociales el proceso de desempaquetado de productos ofrecidos por las marcas.
- Sorteos. Realizar sorteos que involucren los productos, los servicios o las marcas de los anunciantes.
- Cuando etiqueten las marcas en sus publicaciones.
- Publicar videos en donde se exalte la presencia de una marca o se la etiquete.

Además de esto, establece unos principios que toda publicidad digital deberá respetar:

- Protección de la juventud y de la infancia.
- Respeto a la dignidad de la persona y no discriminación por razones de raza, género, religión, opinión, nacionalidad o cualquier otra causa social o personal.
- Protección de los derechos de propiedad intelectual.

Otro punto relevante en el proyecto es que toda la publicidad realizada por *influencers* en las redes sociales deberá cumplir con las siguientes reglas:

1. Mencionar con claridad a la persona física o jurídica anunciante.
2. Si se obtiene alguna compensación económica por la publicación se debe de comunicar de forma clara y visible, así como incluir un *hashtag* como #Publicaciónpagada.
3. Identificar todos los anuncios digitales de productos que no sean recomendables para niños y adolescentes.

También es interesante resaltar las obligaciones de los *influencers* antes de difundir los anuncios publicitarios de las marcas. Estos deben de:

1. Especificar en los contratos el carácter publicitario de sus publicaciones.
2. Contar con los medios de prueba que acrediten la veracidad de lo que se afirma con respecto a un determinado producto o servicio.
3. Tener licencias o autorizaciones para el uso de signos protegidos por derechos de autor en la publicidad.

El asunto que generó más polémica entre los *influencers* fue el relativo a la remuneración, ya que en este proyecto se establece que aquellos *influencers* que reciban una compensación económica por la publicidad hecha en sus perfiles de las redes sociales deberán estar inscritos en la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP), como trabajadores autónomos, para así regular sus obligaciones tributarias.

Asimismo, esta publicidad será declarada como ilícita cuando se considere abusiva y engañosa. “La publicidad es abusiva cuando se ofende, favoreciendo la discriminación por género, racial, social, política e induce a actividades antisociales, criminales o ilegales, incita a la violencia y atenta contra la dignidad de las personas”. “La publicidad es engañosa cuando a través de ella se induce al error sobre el producto, en los precios, características y/o cualidades, situación que se alcanza por vía de acción o de omisión”.

Por último, si los *influencers* no cumplen con las directrices que establece el proyecto, serán sancionados con apercibimientos, obligación de rectificación de las informaciones engañosas, falsas o incorrectas, multas y por supuesto, con el retiro del anuncio de la red social pertinente, pudiendo incluso ser requerido judicialmente para ello.⁶⁶

⁶⁶ IproUp, *Argentina lanza un proyecto de ley que busca regular la actividad de los influencers*, en América Retail, 2020, <https://www.america-retail.com/argentina/argentina-lanza-un-proyecto-de-ley-que-busca-regular-la-actividad-de-los-influencers/> (Web consultada en agosto de 2020).

VIII. PROCEDIMIENTO DE CONTROL DE LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA EN LAS REDES SOCIALES Y RÉGIMEN SANCIONADOR.

Una vez estudiadas las leyes aplicables y los límites a la publicidad encubierta en las redes sociales, a continuación, estudiaremos el procedimiento, y los diferentes métodos vigentes en España para hacer valer estos instrumentos legales a la publicidad encubierta llevada a cabo por *influencers*, así como el posible régimen sancionador aplicable.

8.1 ASESORAMIENTO PREVIO DE LA PUBLICIDAD.

El llamado Asesoramiento Previo de la Publicidad es un servicio voluntario ofrecido por Autocontrol, el cual consta de tres herramientas capaces de evitar que se lleguen a producir conflictos publicitarios.

El primer servicio que ofrece el asesoramiento previo de Autocontrol es la Consulta Previa o *Copy Advice*. Se trata un mecanismo para asegurar el cumplimiento de las normas publicitarias y evitar incurrir en posibles infracciones. Consiste en un Informe elaborado por la Asesoría Jurídica de Autocontrol, con carácter voluntario, confidencial y no vinculante, en el que se corrigen los posibles desajustes legales y deontológicos de anuncios y proyectos de anuncios antes de su emisión. Es un procedimiento corto, de apenas tres días hábiles desde el día siguiente a la recepción de la solicitud y lo pueden solicitar tanto el anunciante, como la agencia de publicidad, o el medio de comunicación que va a difundir la campaña publicitaria.⁶⁷

En segundo lugar, están las Consultas Deontológicas. Se trata de un servicio de asesoramiento previo prestado también por la Asesoría Jurídica de Autocontrol que, a diferencia del *Copy Advice*, no incluye el asesoramiento a campañas publicitarias concretas, sino que es un servicio para resolver dudas generales relacionadas con la regulación de la publicidad o con la interpretación de esta. Lo pueden solicitar los anunciantes, las agencias, los medios de comunicación y las asociaciones sectoriales. El plazo medio de atención de las

⁶⁷ Autocontrol, *Copy Advice*, en Autocontrol: Servicios, 2020, <https://www.autocontrol.es/servicios/copy-advice/> (Web consultada en agosto de 2020).

consultas es de dos días hábiles desde la recepción de la solicitud y se contesta verbalmente, no se emite un informe escrito como en el *Copy Advice*.⁶⁸

La última herramienta ofrecida por Autocontrol es el *Web Advice*, el cual consiste en un informe mucho más detallado que los servicios anteriores, en el que se analiza con detalle la corrección deontológica de las publicidades de la página web sometida al análisis. Esta herramienta solo la pueden solicitar los anunciantes con respecto a las páginas web de su empresa.⁶⁹

8.2 SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS.

Según el artículo 32 LSSI los conflictos entre el prestador y el destinatario de los servicios de la sociedad de información se podrán someter a los arbitrajes previstos en la legislación de arbitraje y defensa de los consumidores y usuarios, y a los otros procedimientos extrajudiciales que se instauren por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación.

En primer lugar, los usuarios de las redes sociales pueden acudir a los sistemas de resolución de conflictos en materia de consumo, principalmente el arbitraje y la mediación. Ambos son mecanismos rápidos, voluntarios y gratuitos que las administraciones locales ponen a disposición del consumidor o usuario para las discrepancias surgidas entre estos y los agentes económicos. En el caso que nos ocupa, los usuarios destinatarios de la publicidad encubierta de los *influencers*, si lo desean, pueden, antes de acudir a la vía judicial, presentar una solicitud ante el órgano administrativo de la correspondiente Comunidad Autónoma con competencia en estos sistemas, contra la marca y el *influencer* que presuntamente estaría emitiendo dicha publicidad. Este sistema extrajudicial de resolución de controversias se caracteriza por las siguientes notas:⁷⁰ rapidez,

⁶⁸ Autocontrol, *Consultas deontológicas*, en Autocontrol: Servicios, 2020, <https://www.autocontrol.es/servicios/consultas-deontologicas/> (Web consultada en agosto de 2020).

⁶⁹ Autocontrol, *Web advice*, en Autocontrol: Servicios, 2020, <https://www.autocontrol.es/servicios/web-advice/> (Web consultada en agosto de 2020).

⁷⁰ Ayuntamiento Los Barrios, *OMIC. mediación y Sistema Arbitral de Consumo*, en Ayuntamiento los Barrios: Mediación y Sistema Arbitral de Consumo, <https://www.losbarrios.es/el->

porque se tramita en un corto espacio de tiempo; eficacia; economía, porque es gratuito para ambas partes; voluntariedad y ejecutividad, ya que sus laudos arbitrales tienen el mismo valor que una sentencia judicial.

Asimismo, resulta interesante destacar otro sistema extrajudicial de resolución de conflictos, como es el Jurado de la Publicidad. Se trata de un organismo extrajudicial independiente encargado de la resolución de conflictos en materia publicitaria con el que cuenta Autocontrol.

Una vez que se ha difundido la publicidad, tanto los consumidores individuales, como otras entidades o personas, pueden reclamar el anuncio ante este Jurado, compuesto por profesionales de prestigio independientes de los órganos asociativos y de las entidades adheridas a Autocontrol, para así asegurar su imparcialidad. Las resoluciones de dicho Jurado son públicas, y su cumplimiento es obligatorio para los socios y otras entidades sometidas a la aplicación de los Códigos de Conducta Publicitarios de Autocontrol. Para el resto de los casos la resolución es de cumplimiento voluntario, lo cual no exime de la fuerza moral que tienen estos dictámenes en el sector publicitario. En este sentido, si el *influencer* que realiza la publicidad no está sujeto a Autocontrol, entonces la resolución del Jurado de la Publicidad no será vinculante para el mismo. Tiene que haber un sometimiento voluntario y expreso de estas personalidades a los Códigos de Conducta de la Publicidad.⁷¹

8.3 VÍA JUDICIAL.

Al sistema judicial se puede acudir, aunque no se haya acudido previamente a los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos.

Según el artículo 86.ter.2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia de publicidad conocerán los Juzgados de lo Mercantil⁷² La resolución

[consistorio/bienestar-social/omic/mediacion-y-sistema-arbitral-de-consumo/](https://www.consistorio/bienestar-social/omic/mediacion-y-sistema-arbitral-de-consumo/) (Web consultada en agosto de 2020).

⁷¹ Autocontrol, *Reclamaciones consumidores individuales*, en Autocontrol: servicios, 2020, <https://www.autocontrol.es/servicios/reclamaciones-consumidores-individuales/> (Web consultada en agosto de 2020).

⁷² Artículo 86.ter.2.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial “Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional

judicial de este órgano aplicará las normas legales que hemos visto anteriormente, como son: la Ley General de Publicidad, la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Servicios de la sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Con respecto a la responsabilidad por estos actos, normalmente los ilícitos publicitarios suelen incurrir en responsabilidad civil.⁷³

En cuanto a la responsabilidad administrativa, son las Administraciones Públicas las competentes para sancionar en esta materia; en concreto, se pueden presentar reclamaciones ante la Secretaría del Estado para el Avance Digital (SEAD).

Por último, el artículo 282 del Código Penal establece pena de prisión o multa para los delitos publicitarios⁷⁴, sin embargo, este artículo está pensado para cuando el engaño de la publicidad venga dado por el contenido, y no por la forma de presentación de esta, por lo que no sería aplicable a la publicidad encubierta.⁷⁵

8.4 INFRACCIONES Y SANCIONES.

A pesar de la gran preocupación que existe actualmente por la publicidad encubierta de los *influencers* en las redes sociales, todavía no existe en España ninguna resolución judicial o administrativa que declare ilícitas estas prácticas. De momento, solo ha habido una amonestación sin consecuencias económicas por parte del Jurado de la Publicidad de Autorregulación para una *influencer* que trataremos más adelante.

civil, respecto de: a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad...”

⁷³ VALERO VALERO, P., *Publicidad encubierta en las redes sociales*, Valladolid, 2019. p. 38.

⁷⁴ Artículo 282 de la Ley Orgánica del Código Penal: “Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos...”.

⁷⁵ VALERO VALERO, P., *Publicidad encubierta...*, *Op. cit.* p. 38.

Como hemos dicho, la publicidad encubierta de los *influencers* no tiene consecuencias penales, pero sí puede tener consecuencias civiles y administrativas.⁷⁶

Con respecto a la responsabilidad civil, al ser la publicidad encubierta una variante de la publicidad engañosa y ésta un tipo de publicidad ilícita, contra ella se pueden establecer las acciones del artículo 32 LCD por remisión del artículo 6.1 de la Ley General de Publicidad. Principalmente nos interesan la acción declarativa de deslealtad, la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura, la acción de remoción de los efectos y la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios.

El artículo 33.1 LCD establece que la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones corresponde a cualquier persona física o jurídica que pueda resultar afectada y en general, a “quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo”.

En cuanto a la legitimación pasiva, el artículo 34.2 LCD dice lo siguiente: “Si la conducta desleal se hubiera realizado por trabajadores u otros colaboradores en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales, las acciones previstas en el artículo 32.1. 1.ª a 4ª, deberán dirigirse contra el principal.” La doctrina ha interpretado este artículo y sostiene que se puede considerar como “colaboradora” toda persona que, aunque no tenga vinculación con el empresario, colabore con este sometándose a su supervisión y dirección.⁷⁷ En base a esta interpretación resulta clara la condición de “colaborador” del *influencer*, ya que este difunde un mensaje publicitario para la promoción de bienes o servicios de una marca, por lo que las acciones del artículo 32 de la Ley de Competencia Desleal se deberán dirigir contra el anunciante y no contra el líder de opinión. Sin embargo, esta regla no sería aplicable en aquellos supuestos en los que el *influencer* actúe haciendo caso omiso a las indicaciones de la marca anunciante, ya que el artículo 34.2 LCD atribuye la legitimación pasiva al empresario cuando el influencer haya realizado

⁷⁶ Vid. apartado 8.2 del presente trabajo.

⁷⁷ TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO., HERRERA PETRUS, C., “La reforma de la Ley...” *Op. Cit.*, p. 468.

la conducta desleal “en el ejercicio de sus funciones y deberes contractuales”, por lo que, si lo incumple, la legitimación pasiva pasaría a ser del líder de opinión.⁷⁸

Centrándonos en la responsabilidad administrativa, aunque todavía no exista una normativa aplicable exclusivamente a los *influencers*, sí que existe una normativa legal aplicable a la publicidad en Internet, y, por tanto, a las redes sociales. Esta es la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, la cual depende directamente de la Administración General del Estado. De esta ley ya vimos que resulta relevante el artículo 20.1, que hace referencia al principio de autenticidad de las comunicaciones comerciales realizadas en Internet. El incumplimiento de este artículo será considerado como una infracción leve según el artículo 38.4.c) LSSI y las infracciones leves pueden conllevar una sanción de hasta 30.000€ (artículo 39.1.c) LSSI).

La competencia para sancionar las infracciones leves corresponde a al Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la información en base al artículo 43 LSSI.

IX. ANÁLISIS DE LA PRIMERA AMONESTACIÓN A UNA INFLUENCER EN ESPAÑA POR PUBLICIDAD ENCUBIERTA. CASO PAULINA ERIKSSON.

A lo largo de todo este trabajo se ha mencionado que, para que la publicidad de los *influencers* no sea considerada como publicidad encubierta, se exige el principio de autenticidad, según el cual, el contenido publicitario se debe identificar como tal, de manera explícita en las redes sociales. Sin embargo, muchos *influencers* siguen haciendo caso omiso de este principio, y, pese a que todavía no existe una regulación específica en este ámbito, Autocontrol ya venía avisando desde hace tiempo que podía pasar, que se podía llegar a amonestar a un líder de opinión por este tema como ya se ha hecho en otros países. Y así

⁷⁸ TATO PLAZA, A., “Aspectos jurídicos de la publicidad...”, *Op. Cit.*, p. 11.

ha sido: ha llegado la primera amonestación a una *influencer* en España por realizar publicidad encubierta en una de sus publicaciones.

La *influencer* en cuestión es Paulina Eriksson, nacida en Suecia, pero afincada en Marbella, lugar desde donde publicó el 3 de octubre de 2019 en su perfil de *Instagram* dos fotografías en donde destaca la presencia de unos auriculares inalámbricos acompañadas de la siguiente frase: “*Do not disturb when I’m listening to music*”, (“No molestar cuando escucho música”). A continuación, cita a la marca fabricante de auriculares de diseño “Urbanista” y vuelve a poner otra frase pidiendo a sus seguidores que le digan cuál es su canción favorita ya que necesita actualizar su lista de reproducción (“*What’s your favorite song at the moment? I need to update my playlist*”). Por último, menciona al fotógrafo y acaba el texto con el *hashtag* #ad, como podemos ver en la imagen.





Ante esta publicación, la *Advertising Standards Authority* el 14 de noviembre de 2019 dio traslado a la Secretaría del Jurado de Autocontrol de una reclamación presentada por un particular sobre el mensaje de la *influencer*. Ante dicha reclamación Paulina no presentó escrito de contestación, por lo que el 28 de noviembre del año pasado la Sección Cuarta del Jurado de Autocontrol procedió a la emisión del dictamen, de conformidad con lo establecido en los artículos 4.c), 11.c) y 18.2 del Reglamento del Jurado.⁷⁹

⁷⁹ Artículo 4.c) del Reglamento del Jurado de Autocontrol: “El Jurado de la Publicidad tendrá las siguientes funciones: ... Emitir, en los supuestos y términos previstos en el presente Reglamento, Dictámenes que expresen su opinión deontológica y no vinculante acerca de la corrección de comunicaciones comerciales realizadas por terceros no vinculados que no aceptaren participar en el procedimiento previsto en el apartado anterior”.

Artículo 11.c) del Reglamento del Jurado de Autocontrol: “Las Secciones serán competentes para: ... Emitir, en los supuestos y términos previstos en el presente Reglamento, Dictámenes que expresen su opinión deontológica y no vinculante acerca de la corrección de comunicaciones comerciales realizadas por terceros no vinculados que no aceptaren participar en el procedimiento previsto en el apartado anterior”.

Artículo 18.2 del Reglamento del Jurado de Autocontrol: “En caso de que el escrito presentado por el reclamante se dirija contra las comunicaciones comerciales de un tercero no vinculado que no aceptare participar en el procedimiento, la Sección correspondiente no emitirá resolución, pero podrá emitir, de oficio o a solicitud de interesado con interés legítimo, un dictamen que

Mediante este dictamen se consideró que la publicación de la *influencer* no era compatible con el actual artículo 13 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol, al cual ya nos hemos referido anteriormente y que establece el principio de autenticidad.⁸⁰

Ante esto, Paulina Eriksson presentó el 13 de diciembre de 2019 un escrito en el que muestra su disconformidad con el Dictamen. La razón de esta disconformidad radica en que, según la *influencer*, la publicación de su *Instagram* no es publicidad, sino que, los auriculares se los había prestado una amiga y que la marca no le había pagado ninguna contraprestación económica por anunciar los mismos. Asimismo, alega que el *hashtag* #ad que escribió junto al *post* era para asegurarse de no cometer ninguna infracción y en previsión de poder colaborar en un futuro con la empresa.⁸¹

Finalmente, el 8 de enero de 2020, el Pleno del Jurado de Autocontrol, respondió a la solicitud de Paulina Eriksson afirmando lo siguiente:

1. Que el mensaje tenía un propósito publicitario ya que se centraba en un único producto (los auriculares inalámbricos), y se exaltaban sus ventajas. Además, los seguidores de la *influencer* no podían identificar a simple vista que se trataba de una publicidad, ya que el mensaje se presentaba como una mera opinión personal.
2. Que Paulina Eriksson nunca pudo probar que los auriculares se los había prestado una amiga, ni que no había recibido una recompensa económica por la publicación.

expresé su opinión deontológica no vinculante acerca de la corrección de las comunicaciones comerciales realizadas por dicho tercero”.

⁸⁰ AUTOCONTROL “Código de conducta de la publicidad”, *Autocontrol*, 2019, artículo 13 “Las comunicaciones comerciales serán identificables como tales sea cual sea su forma, formato, o el medio utilizado” <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/04/codigo-de-conducta-publicitaria-autocontrol.pdf> (Web consultada en agosto de 2020).

⁸¹ AUTOCONTROL, “Dictamen de 28 de noviembre de 2019 de la Sección Cuarta del Jurado”, *Autocontrol*, 2019, https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/01/dictamen_rev-jurado_influencer-2534-1.pdf (Web consultada en agosto de 2020).

3. Aunque no hubiera habido contraprestación económica, el mensaje puede tener carácter publicitario, ya que la *influencer* centra la publicación en la exaltación de un único producto, mostrándolo claramente en las dos fotografías.
4. Además, si el mensaje no tuviera naturaleza publicitaria, la *influencer* no se habría preocupado en poner el *hashtag #ad* al final de la publicación, indicando así que se trata de un anuncio.
5. El mencionado *hashtag #ad* se incluyó al final del mensaje de forma que podría pasar prácticamente desapercibido para sus seguidores.
6. Finalmente, al admitir la *influencer* en la contestación al Dictamen que incluyó el *hashtag* para una posible colaboración con la marca, estaba admitiendo de manera indirecta que, aunque no hubiese contraprestación económica, la publicación tenía intereses más allá que la recomendación personal a sus seguidores.

Por tanto, Autocontrol entendió que la publicación tenía una finalidad publicitaria y que vulneraba el artículo 13 del Código de Conducta, al ser una comunicación comercial no identificada debidamente.

Sin embargo, cabe decir que esta resolución realizada por Autocontrol no es vinculante ni para la *influencer* ni para la marca, ya que el escrito inicial que dio origen al procedimiento se dirigió a una *influencer* que no es socia de Autocontrol ni se encuentra vinculada al Jurado. Eso sí, si el asunto se reitera ante la Secretaría de Estado correspondiente, puede acabar en sanciones económicas importantes, de hasta treinta mil euros según la LSSI.

Aun así, es un Dictamen importante, ya que se trata de la primera amonestación realizada contra una *influencer* en España, el primer paso de un largo camino contra la publicidad encubierta en redes sociales, que, esperemos

que con el nuevo Código de Conducta que se está tramitando se acabe de regular en beneficio de los consumidores y usuarios.⁸²

⁸² PEDRÓN PARDO, V., *Análisis de la 1ª amonestación a un influencer en España por publicidad encubierta*, en *Términos y condiciones*, 2020, <https://terminosycondiciones.es/2020/01/27/analisis-de-la-1a-amonestacion-a-un-influencer-en-espana-por-publicidad-encubierta/> (Web consultada en agosto de 2020).

CONCLUSIONES

Con la realización de este trabajo he querido abordar de una manera sencilla y clara los objetivos que fijé en un principio con respecto a la publicidad encubierta llevada a cabo por los *influencers* en las redes sociales.

En primer lugar, he podido comprobar que, tanto las redes sociales, como los *influencers* han dado un gran impulso a la publicidad actual, dejando atrás los modelos publicitarios tradicionales, como pueden ser la televisión, el periódico, las revistas, o la radio. Con el marketing de influencia realizado a través de estas nuevas plataformas sociales, se ha conseguido que los mensajes promocionales se propaguen rápidamente llegando así a un gran número de personas de una forma relativamente fácil.

En segundo lugar, algo que he venido remarcando a lo largo de todo el trabajo, es que, lamentablemente, la mayoría de los líderes de opinión realizan publicidad encubierta, siendo esta una publicidad ilícita, y, por tanto, contraria al ordenamiento jurídico. Con este tipo de actividad publicitaria se confunde al receptor, al no ser claramente identificable en el mensaje su verdadera naturaleza promocional. Es por ello, por lo que he investigado acerca de las leyes y normas autorreguladoras que tratan de evitar esta forma de publicidad ilícita. Sin embargo, hoy en día todavía no existe ninguna norma que trate el tema de la publicidad encubierta de los *influencers* como tal, sino que únicamente se puede regular a través de las normas generales que imponen límites a todos los medios de comunicación.

Consecuencia del estudio realizado, considero, desde mi punto de vista, que, con la revolución tecnológica que se está viviendo en todo el mundo, y el papel fundamental que juegan las redes sociales en esta revolución, resulta imprescindible la regulación específica de la publicidad realizada por los *influencers* en sus perfiles, ya que se trata de un asunto que puede perjudicar a los consumidores y usuarios, quienes, tienen pleno derecho a conocer el verdadero contenido de las publicaciones de los líderes de opinión a los que siguen. Creo asimismo que, en este camino hacia la transparencia en las redes sociales, va a jugar un papel muy importante el organismo Autocontrol; prueba de ello es que ya está trabajando en un código de conducta de *influencers*, con

el que beneficiará no sólo a los usuarios de estas plataformas, sino también a los líderes de opinión, quienes, al adherirse de forma voluntaria, consolidarán su prestigio social y mejorarán su imagen y la del sector.

BIBLIOGRAFÍA

1. BIBLIOGRAFÍA.

BRAND MANIC, *Estudio sobre Marketing de Influencers en España*, 2018.

CASTELLÓ MARTÍNEZ, A., “Prescriptores, marcas y tuits. El marketing de influencia”, en *AdResearch ESIC*, 2015, Vol. 12.

CRUZ TAVERAS, G., “La autorregulación publicitaria: un paso para la economía”, en *Anuario Dominicano de Propiedad Intelectual*, 2016, n.º 3, p.6.

FERNÁNDEZ-NÓVOA RODRÍGUEZ, C., “La publicidad encubierta”, en *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Santiago de Compostela, 1989.

GALEOTTI A., GOYAL S., “Influencing the influencers: a theory of strategic diffusion”, en *The Rand Journal of Economics*, 2009, vol. 3.

GARCÍA SAIS, F., “Efectos de la publicidad engañosa sobre la validez de los contratos celebrados con consumidores”, en *Revista de Derecho Privado*, 2004, vol. 9-10.

GILLIN A., “The new influencers: A marketer's guide to the new social media”, P & Moore, Linden Publishing, 2009.

ISLER SOTO, E.M., “Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor”, en *Ars Boni et Aequi*, 2017, vol. 13.

LARA-NAVARRA, P., LÓPEZ-BORRULL, A., SÁNCHEZ-NAVARRO, J., YÁÑEZ, P., “Medición de la influencia de usuarios en redes sociales: propuesta SocialEngagement”, en *El profesional de la información*, 2018, vol. 27.

LÓPEZ CAMARGO.J, “*La publicidad engañosa en el Derecho español*”, en *Revista de la propiedad inmaterial*, año 2001, vol. 2.

MARTÍN SÁNCHEZ-MORA, M., *El marketing de influencia en el mundo de la moda*, León, 2018.

PONCE IDATZIA, I., Monográfico: *Redes Sociales*, 2012.

ROJAS VALERIO, I., *La publicidad en las redes sociales: impulso a las microempresas en crecimiento*, Costa Rica, 2013.

TATO PLAZA, A., “*Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (“influencers”)*”, en *Revista de Derecho Mercantil*, 2019, núm. 311/2019, p. 2.

TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, PABLO., HERRERA PETRUS, C., “*La reforma de la Ley de Competencia Desleal*”, ed. La Ley, Madrid, 2010.

VALERO VALERO, P., *Publicidad encubierta en las redes sociales*, Valladolid, 2019.

2. PÁGINAS WEB.

ALONSO, A., *EASA publica su recomendación de buenas prácticas en marketing de influencers*, en Cuatrecasas, 2019. <https://blog.cuatrecasas.com/propiedad-intelectual/easa-publica-recomendacion-buenas-practicas-marketing-influencers/> (Web consultada en agosto de 2020).

Agencia SEO, *¿Qué es el SEO?: ¿Por qué lo necesito y cómo funciona?*, en Agencia Seo Pencil Speech, 2019, <https://pencilspeech.com/seo-que-es/> (Web consultada en julio de 2020).

Autocontrol, *Autorregulación Publicitaria*, 2020, <https://www.autocontrol.es/autorregulacion-publicitaria/> (Web consultada en agosto de 2020).

Autocontrol, *Consultas deontológicas*, en Autocontrol: Servicios, 2020, <https://www.autocontrol.es/servicios/consultas-deontologicas/> (Web consultada en agosto de 2020).

Autocontrol, *Copy Advice*, 2020, <https://www.autocontrol.es/servicios/copy-advice/> (Web consultada en agosto de 2020).

Autocontrol, *La Asociación celebra su 24º Asamblea General: Autocontrol moderniza su código de conducta para dar respuesta a los nuevos retos de la publicidad digital*, 2019, <https://www.autocontrol.es/2019/06/04/la-asociacion-celebra-su-24o-asamblea-general-autocontrol-moderniza-su-codigo-de-conducta-para-dar-respuesta-a-los-nuevos-retos-de-la-publicidad-digital/> (Web consultada en agosto de 2020).

Autocontrol, *Reclamaciones consumidores individuales*, en Autocontrol: servicios, 2020, <https://www.autocontrol.es/servicios/reclamaciones-consumidores-individuales/> (Web consultada en agosto de 2020).

Autocontrol, *Web advice*, en Autocontrol: Servicios, 2020, <https://www.autocontrol.es/servicios/web-advice/> (Web consultada en agosto de 2020).

Ayuntamiento Los Barrios, *OMIC. mediación y Sistema Arbitral de Consumo*, en Ayuntamiento los Barrios: Mediación y Sistema Arbitral de Consumo, <https://www.losbarrios.es/el-consistorio/bienestar-social/omic/mediacion-y-sistema-arbitral-de-consumo/> (Web consultada en agosto de 2020).

Centro Español del subtítulo y la Audio descripción, *La trasposición de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual deberá entrar en vigor antes del 19 de septiembre de 2020*, en CESyA, 2019, https://www.cesya.es/trasposiciondirectivaUE_URJC2019 (Web consultada en agosto de 2020).

COOBIS, *Desgranamos el manual de buenas prácticas de los influencers británicos*, en Coobis: Influencer Marketing, 2019, <https://coobis.com/es/cooblog/codigo-de-buenas-practicas-de-los-influencers/#:~:text=El%20c%C3%B3digo%20de%20buenas%20pr%C3%A1cticas%20de%20los%20influencers%20establece%20los,anunciar%20un%20producto%20o%20servicio.> (Web consultada en agosto de 2020).

40defiebre, *¿Qué es un influencer?*, en 40defiebre: Diccionario de marketing digital, <https://www.40defiebre.com/que-es/influencer> (Web consultada en julio de 2020).

ENTIZNE FERNÁNDEZ, V., *Tipos de Influencers*, en Aperture, 2018.
<https://www.aperture.es/investigacion/tipos-de-influencers/> (Web consultada en julio de 2020).

GABRIEL, C., *Ventajas y desventajas de contratar a un influencer para promocionar tu marca*, en Newspreneur, 2018.
<https://newspreneur.lat/startups/tendencias/ventajas-desventajas-contratar-influencer/> (Web consultada en julio de 2020).

Gesprodat, *Publicidad con influencers, ¿realmente está regulado?*, en Gesprodat: blog, <https://gesprodat.com/publicidad-con-influencers-regulacion/> (Web consultada en agosto de 2020).

GONZÁLEZ, C., *Historia y evolución de las redes sociales*, 2015.
<https://www.gonzalezcristian.com.ar/2015/03/historia-y-evolucion-de-las-redes-sociales.html> (Web consultada en agosto de 2020).

IAB SPAIN, *Estudio de Redes Sociales 2020*,
file:///C:/Users/carne/Downloads/estudio-anual-redes-sociales-2020_vreducida.pdf (Web consultada en agosto de 2020).

Influencity blog, *Antecedentes del marketing de influencia: cómo hemos llegado hasta hoy*, en Influencity blog: Marketing de influencers, 2018,
<https://influencity.com/blog/es/antecedentes-del-marketing-de-influencia/#:~:text=La%20figura%20del%20influencer%20nace,de%20lo%20que%20ser%C3%A1%20su> (Web consultada en julio de 2020).

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, *Perfil sociodemográfico de los internautas*, en Observatorio nacional de las telecomunicaciones y de la SI, 2016, [https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/Perfil%20sociodemogr%c3%a1fico%20de%20los%20internautas%20\(datos%20INE%202016\).pdf](https://www.ontsi.red.es/sites/ontsi/files/Perfil%20sociodemogr%c3%a1fico%20de%20los%20internautas%20(datos%20INE%202016).pdf) (Web consultada en agosto de 2020).

lproUp, *Argentina lanza un proyecto de ley que busca regular la actividad de los influencers*, en América Retail, 2020, <https://www.america-retail.com/argentina/argentina-lanza-un-proyecto-de-ley-que-busca-regular-la-actividad-de-los-influencers/> (Web consultada en agosto de 2020).

KEMP, S., *Digital 2020: 3.8 billion people use social media*, en We are social media, 2020. <https://wearesocial.com/blog/2020/01/digital-2020-3-8-billion-people-use-social-media> (Web consultada en agosto de 2020).

LETSLAW, *Publicidad influencers*, 2019, en LETSLAW: Publicidad en Internet, <https://letslaw.es/publicidad-influencers/#:~:text=La%20Ley%20General%20de%20Publicidad,patrocinados%20que%20realizaban%20los%20influencers.&text=Sin%20embargo%2C%20sigue%20habiendo%20oscuridad,empresas%20con%20las%20que%20trabaja> (Web consultada en agosto de 2020).

LUCCA, R., *Las redes sociales con más usuarios: 2020*, en DX Media, 2020, <https://dxmedia.net/redes-sociales-usuarios-2020/> (Web consultada en agosto de 2020).

MÁÑEZ, R., *Qué es la publicidad en Redes Sociales y cómo funciona*, en Rm Rubén Máñez, 2018, <https://rubenmanez.com/publicidad-en-redes-sociales-que-es-tipos-y-ventajas-consejos/> (Web consultada en agosto de 2020).

MERODIO, J., *Marketing de influencia*, en Juan Merodio blog, 2013, <https://www.juanmerodio.com/que-es-el-marketing-de-influencia-y-como-usarlo-dentro-de-tu-estrategia-de-contenidos/> (Web consultada en julio de 2020).

NEBREDÁ LÓPEZ, M., *Cómo ser influencer: requisitos, formación y habilidades del influenciador*, en Campus training, 2019. <https://www.campustraining.es/noticias/como-ser-influencer/> (Web consultada en julio de 2020).

NET Bulb social media, *Las 35 redes sociales más importantes en 2020*, en NET Bulb social media: Noticias, 2020, <https://netbulbsocialmedia.com/noticias/redes-sociales-mas-importantes-2020/> (Web consultada en agosto de 2020).

NEWBERRY, C., *Marketing de influencia en redes sociales: todo lo que necesitas saber*, en Hootsuite, 2017 <https://blog.hootsuite.com/es/marketing-de-influencia-en-redes-sociales/> (Web consultada en agosto de 2020).

PEDRÓN PARDO, V., *Análisis de la 1ª amonestación a un influencer en España por publicidad encubierta*, en Términos y condiciones, 2020, <https://terminosycondiciones.es/2020/01/27/analisis-de-la-1a-amonestacion-a-un-influencer-en-espana-por-publicidad-encubierta/> (Web consultada en agosto de 2020).

PEDRÓN, V., *La regulación de la publicidad de influencers en España, Europa y más allá*, en Términos y condiciones, 2019. <https://terminosycondiciones.es/2019/02/07/la-regulacion-de-la-publicidad-de-influencers-en-espana-europa-y-mas-alla/> (Web consultada en agosto de 2020).

Redes sociales Contreras, *Ventajas y desventajas del uso de las redes sociales*, en Redes sociales Contreras: Ventajas y desventajas de las redes sociales, <https://sites.google.com/site/redessocialescontreras/ventajas-y-desventajas-de-las-redes-sociales> (Web consultada en agosto de 2020).

RIBAS, E., *Publicidad ilícita: qué es, ejemplos y cómo se autorregula*, en IEBS, 2017. <https://www.iebschool.com/blog/publicidad-ilicita-ejemplos-publicidad-online/> (Web consultada en junio de 2020).

Webespacio, *Importancia de las redes sociales*, en Webespacio: redes sociales, 2014, <https://www.webespacio.com/importancia-redes-sociales/> (Web consultada en agosto de 2020).

ZAFRA, M.G., *Influencer marketing, estrategia basada en el poder de la recomendación*, en Mercedes g Zafra, 2017. <https://mercedesgzafra.es/influencer-marketing-poder-recomendacion/> (Web consultada en agosto de 2020).

3. NORMATIVA.

«DOUE» núm. 303. Directiva (UE) 2018/1808, de 14 de noviembre de 2018, del Parlamento europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado.

«DOUE» núm. 376. Directiva 2006/114/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (Ref. DOUE-L-2006-82663).

«BOE» núm. 315. Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. (Ref. BOE-A-2009-21162).

«BOE» núm. 281. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (Ref. BOE-A-1995-25444).

«BOE» núm. 157. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (Ref. BOE-A-198512666).

«BOE» núm. 10. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. (Ref. BOE-A-1991-628).

«BOE» núm. 79. Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual. (Ref. BOE-A-2010-5292).

«BOE» núm. 166. Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (Ref. BOE-A-2002-13758).

«BOE» núm. 274. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (Ref. BOE-A-1988-26156).

Reglamento del Jurado de Autocontrol, 2019.

Código de Conducta Publicitaria, Autocontrol, 2019.

4. JURISPRUDENCIA.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de las Comunidades Europeas, de 16 de julio de 1998. Asunto C-210/96.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 12 de diciembre de 2002. Asunto T-110/01.

Advertising Standards Authority, resolución de 26 de noviembre de 2014, caso “Oreo”. <https://www.asa.org.uk/rulings/mondelez-uk-ltd-a14-275018.html> (Web consultada en agosto de 2020).

Autocontrol, “Dictamen de 28 de noviembre de 2019 de la Sección Cuarta del Jurado”, *Autocontrol*, 2019, https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/01/dictamen_rev-jurado_influencer-2534-1.pdf (Web consultada en agosto de 2020).